



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

VALDECI ELEUTÉRIO

**DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO  
FIDUCIÁRIA:  
UMA ANÁLISE ACERCA DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS  
CONTEMPORÂNEOS**

---

Londrina  
2022

VALDECI ELEUTÉRIO

**DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO  
FIDUCIÁRIA:  
UMA ANÁLISE ACERCA DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS  
CONTEMPORÂNEOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi

Londrina  
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

ELEUTERIO, VALDECI.

DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: UMA ANÁLISE ACERCA DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS / VALDECI ELEUTERIO. - Londrina, 2022.

127 f.

Orientador: ROBERTO WAGNER MARQUESI.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Adimplemento Substancial. Alienação Fiduciária. Princípios contratuais contemporâneos. - Tese. I. MARQUESI, ROBERTO WAGNER. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

VALDECI ELEUTÉRIO

**DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO  
FIDUCIÁRIA:  
UMA ANÁLISE ACERCA DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS  
CONTEMPORÂNEOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Profa. Dra. Rita de Cassia Resquetti Tarifa  
Espolador  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof. Dr. Luiz Alberto Pereira Ribeiro  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Londrina, 28 de junho de 2022.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Dr. Roberto Wagner Marquesi, meu orientador e amigo de todas as horas ao qual devo muito mais que a orientação desta dissertação. Gratidão pela pessoa humana e profissional que é.

A professora Dra. Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador, pelas observações, sugestões e valiosas contribuições na banca de qualificação.

Aos professores Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski; Professora Dra. Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador e Luiz Alberto Pereira Ribeiro, que gentilmente aceitaram o convite para constituírem a banca de avaliação.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, especialmente o atendimento sempre atencioso e prestativo de Francisco Carlos Navarro, carinhosamente "Chico".

ELEUTÉRIO, Valdeci. **Do adimplemento substancial na alienação fiduciária: Uma análise acerca dos princípios contratuais contemporâneos.** 2022. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

## RESUMO

Verifica-se que a atual contratualística atenta-se, fundamentalmente, ao direito obrigacional e negocial decorrente do poder jurígeno das partes. Não obstante, deve, também, estar em harmonia com a principiologia negocial contemporânea. Nesse cenário mergulha-se na teoria do adimplemento substancial e, conseqüentemente, a analisa à luz de princípios de índole constitucional e infraconstitucional, os quais podem servir de ferramentas e veredas na preservação de direitos de natureza fundamental. Não suficiente, a teoria em apreço sofre cognição na ambiência da alienação fiduciária. A problemática e enfrentamento que se estabelece é a leitura pelo Superior Tribunal de Justiça de que a teoria em comento não se aplica aos contratos de alienação fiduciária em garantia, sufocando assim, diplomas sociais como o próprio Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor de inspiração social, o qual se assenta sob princípios como eticidade, socialidade e operabilidade em detrimento de legislações arcaicas totalmente elaboradas à luz dos interesses do credor, estado de coisas este incompatível com um cenário de socialidade das relações negociais amparadas, inclusive na boa-fé e seus desdobramentos. O percurso sinaliza de que se equivoca a Corte responsável pela uniformização e interpretação de lei federal, uma vez que a Teoria do Adimplemento Substancial tem natureza principiológica e estrutural e como tal pode preservar direitos de matriz fundamental, sem frustrar o crédito simplesmente minorando os efeitos maléficos do inadimplemento, convertendo-o sob outras formas de cumprimento em detrimento de valores outros e maiores não considerados no momento da elaboração da minuta contratual justamente pela ausência de liberdade contratual. Para tanto, a pesquisa será de natureza aplicada, uma vez que objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática e dirigidos a solução de problemas específicos dos contratos. A forma de abordagem foi qualitativa, em virtude da relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, vínculo este que não pode ser traduzido em números. Do ponto de vista de seus objetivos, a pesquisa foi realizada de forma exploratória de natureza bibliográfica-jurisprudencial, com atenção aos entendimentos e teorias dos juristas pátrios e os aspectos fundamentais da legislação codificada nacional. Demonstra-se no trabalho, que ao inadmitir a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos casos de alienação fiduciária, o STJ, deixou de dar validade aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, princípios esses, que se sobrepõem a qualquer tipo de relação contratual obrigacional, afrontando ainda, o Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do consumidor. A conclusão a que se chega, é de que o STJ deveria voltar ao posicionamento anteriormente por ele adotado, pois, a funcionalização e a boa-fé, podem ser implementadas no contexto da teoria do adimplemento substancial motivo pelo qual se entende que a nova visão da Corte resta equivocada.

**Palavras-chave:** adimplemento substancial; alienação fiduciária; princípios contratuais contemporâneos.

ELEUTÉRIO, Valdeci. **From substantial implementation to fiduciary alienation: An analysis of contemporary contractual principles.** 2022. 131 p. Dissertation (Master's degree in Business Law) - State University of Londrina, Londrina, 2022.

## ABSTRACT

It is verified that the current contractualistics re primarily attentive to the obligational and negotiating law resulting from the jurígeno power of the parties. Nevertheless, it must also be in harmony with contemporary business principle. In this scenario, it is immersed in the theory of substantial adoption and, consequently, analyzes it in the light of constitutional and infraconstitutional principles, which can serve as tools and developments in the preservation of fundamental rights. Not enough, the theory in this case suffers cognition in the ambience of fiduciary alienation. The problem and confrontation that is established is the reading by the Superior Court of Justice that the theory in question does not apply to contracts of fiduciary alienation in guarantee, thus stifling social diplomas such as the Civil Code itself and the Social-inspired Consumer Protection Code, which is based on principles such as eticity, sociality and operability to the detriment of archaic legislation so elaborated in the light of the interests of the creditor, a state of affairs that is incompatible with a scenario of sociality of the negotiated relations supported, including in good faith and its consequences. The route signals that the Court responsible for the standardization and interpretation of federal law is mistaken, since the Theory of Substantial Implementation has a principleand structural nature and as such can preserve fundamental matrix rights, without frustrating credit simply by reducing the harmful effects of the default, converting it in other forms of compliance to the detriment of other and greater values not considered at the time of drafting of the contractual draft precisely because of the lack of contractual freedom. To this do so, the research will be of an applied nature, since it aims to generate knowledge for practical application and directed to the solution of specific problems of contracts. The approach was qualitative, due to the dynamic relationship between the real world and the subject, a bond that cannot be translated into numbers. From the point of view of its objectives, the research was carried out in an exploratory way of a bibliographic-jurisprudential nature, paying attention to the understandings and theories of the jurists and the fundamental aspects of the national codified legislation. It is demonstrated in the work that by inadmitting the application of the theory of substantial implementation in cases of fiduciary alienation, the STJ, no longer gives validity to the principles of objective good faith and the social function of the contract, principles that overlap with any type of contractual relationship, also opposing the Brazilian Civil Code and the Consumer Protection Code. The conclusion reached is that the Supreme Court should return to the position previously adopted by it, because functionalization and good faith can be implemented in the context of the theory of substantial adoption which is why it is understood that the new view of the Court remains mistaken.

**Key words:** substantial implementation; fiduciary alienation; contemporary contractual principles.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
UEL	Universidade Estadual de Londrina

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>1 DO DIREITO OBRIGACIONAL E NEGOCIAL</b> .....	19
1.1 DO CONTRATO.....	19
1.2 DA LIBERDADE NEGOCIAL .....	21
1.2.1 Da Autonomia da Vontade.....	22
1.2.2 Da Autonomia Privada.....	24
1.2.3 Da Liberdade de Contratar e/ou Contratual.....	26
1.3 DA OBRIGAÇÃO: CONCEITO; NATUREZA JURÍDICA E ESTRUTURA .....	32
1.4 DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL .....	38
<b>2 DA PRINCIPOLÓGICA NEGOCIAL CONTEMPORÂNEA</b> .....	42
2.1 DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO .....	43
2.2 DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	46
2.2.1 Dos Desdobramentos da Função Limitadora da Boa-Fé Objetiva.....	54
2.2.2 Dos Deveres Gerais de Conduta Presentes na Relação Obrigacional .....	63
2.3 DO PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL DO CONTRATO .....	68
<b>3 DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA</b> .....	70
3.1 DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA .....	70
3.2 DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES .....	75
3.3 CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO.....	84
3.4 DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL .....	87
<b>4 DA LEITURA DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO</b> .....	95
4.1 DOS CRITÉRIOS PROPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL .....	100
4.2 DA ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PARA FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	103

4.3	DA ANÁLISE AO JULGAMENTO DO RESP. Nº 1.622.555/MG .....	106
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	114
	<b>REFERENCIAS</b> .....	120

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação, trata da teoria do adimplemento substancial e conseqüentemente a analisa, à luz dos princípios contratuais contemporâneos, os quais podem servir de ferramentas e veredas na preservação de direitos de natureza fundamental, como a propriedade. A problemática e enfrentamento que se estabelece é a leitura pelo Superior Tribunal de Justiça de que a teoria em comento não possui aplicabilidade nos casos de contratos que envolvem a alienação fiduciária em garantia, sufocando assim, diplomas sociais como o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Código Civil de 2002, de inspiração Realeana, o qual se assenta sob princípios como eticidade, socialidade e operabilidade em detrimento de legislações arcaicas totalmente elaboradas à luz dos interesses do credor, o qual inclusive sequer necessita minorar os efeitos maléficos do seu crédito, estado de coisas este incompatível com um cenário de socialidade das relações negociais amparadas, inclusive na boa-fé e seus desdobramentos. O propósito é alcançar o denominador de que se equivocou a Corte responsável pela uniformização e interpretação de lei federal, uma vez que a Teoria do Adimplemento Substancial tem natureza principiológica e estrutural e conseqüentemente pode preservar direitos de matriz fundamental, sem frustrar o crédito simplesmente minorando os efeitos maléficos do inadimplemento, convertendo-o sob outras formas de cumprimento em detrimento de valores outros e maiores não considerados no momento da elaboração da minuta contratual justamente pela ausência de liberdade contratual.

Importante ressaltar, que são cotidianos os contratos com garantia fiduciária que funcionam de modo que o devedor da obrigação principal constituída de um contrato de mútuo ofereça garantia de que irá honrar sua obrigação e saldar integralmente sua dívida. Neste caso, o devedor transfere ao credor fiduciário a propriedade do bem, com a garantia de que após quitar a dívida o devedor retomará este bem. No entanto, nem sempre o devedor consegue honrar suas parcelas do contrato firmado, o que pode ocasionar a perda da posse do bem para o credor fiduciário e conseqüentemente na extinção do contrato pactuado. Tal logística encontrava-se muito bem alinhavada, até que se verificou certa oxigenação pelo Superior Tribunal de Justiça ao proclamar a manutenção contratual, á luz da teoria do adimplemento substancial. O que se percebeu foi a não observância de direitos fundamentais, em detrimento da severidade da manutenção contratual. Em efeito

prático, a teoria do adimplemento fundamental, não se trata do afastamento do cumprimento da obrigação, este dever é preservado, o que é efetivamente afastado é a garantia fiduciária oferecida, mas sempre, garantindo ao credor, o recebimento de seu crédito. Não obstante, os tribunais revisitam diuturnamente as balizas de aplicação da teoria do adimplemento substancial, uma vez que o Colendo Superior Tribunal de Justiça sinalizou por não considerar sua aplicação, nos casos que envolvam alienação fiduciária em garantia. A hipótese que se revela é justamente a de que se equivocou o Superior Tribunal de Justiça ao não reconhecer a natureza basilar da Teoria do adimplemento substancial e conseqüentemente resguardar as garantias a este título, sem falar na relação e harmonização com princípios como a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

Não obstante a legalidade do procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade em favor do credor-fiduciário, bem como a alienação de um bem, deve-se indagar até que ponto seria razoável a aplicação do texto legal para satisfazer o cumprimento da obrigação contratual, sem que possa infringir os limites da preservação da função social do contrato. Quais seriam as incidências possíveis e legais em detrimento do inadimplemento? Em quais circunstâncias em detrimento do inadimplemento, a garantia do bem poderia ser afastada?

Não se trata de fomento à inadimplência, mas sim de preservação de direitos fundamentais, em prejuízo de manutenção contratual sem qualquer tipo de liberdade contratual, da mesma forma que não se trata de afastamento da obrigação, mas sim da mitigação dos efeitos maléficos do inadimplemento.

Diante de um movimento de publicização/constitucionalização do direito civil é inconcebível qualquer relação contratual que não observe os princípios da boa-fé objetiva e da função social, uma vez, que na aplicação do princípio da socialidade, o que se busca, é a superação da ideia individualista que existia nos códigos novecentista, sendo que com a função social, passa-se a prevalecer o interesse coletivo sobre o particular. Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo aponta que a ideia de função social do contrato está determinada nos fundamentos da república, no valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV), essa disposição “impõe, ao jurista,

a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais.”<sup>1</sup>

A pesquisa realizada, foi de natureza aplicada, uma vez que objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática e dirigidos à solução de problemas específicos dos contratos e da propriedade. A forma de abordagem é qualitativa, em virtude da relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, vínculo este que não pode ser traduzido em números. Do ponto de vista de seus objetivos, a pesquisa foi realizada de forma exploratória de natureza bibliográfica-jurisprudencial, com atenção aos entendimentos e teorias dos juristas pátrios e os aspectos fundamentais da legislação codificada nacional. O método utilizado é o dialético, proposto por Hegel, em virtude da necessidade de um método de interpretação dinâmico e totalizante da realidade. Considera que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político, econômico etc. Não obstante o emprego do aludido método, não se desconsiderou a de adoção de método diverso ou atuando de forma diversificada, de maneira a alcançar um melhor desenvolvimento da pesquisa e atingir os objetivos pretendidos.

No primeiro capítulo, é tratado sobre o direito obrigacional negocial, realçando, que o poder negocial é inerente a cada indivíduo, e que quando exercido, nascem as convenções entre as partes, as quais, através do convencido, se vinculam de modo obrigacional, assim se mantendo, até que a prestação ajustada, seja totalmente adimplida, e são essas regras que criam entre si, a qual denominamos de contrato. Também ali são tratados, dados sobre a obrigação, seu conceito, estrutura e elementos, deixando clara, sua natureza patrimonial, onde no presente trabalho, poderemos observar que atualmente, não se pode ver a obrigação somente sob a ótica do Código Civil, não preponderando mais a vontade do credor em detrimento do devedor, devendo ocorrer o equilíbrio de direitos entre credor e o devedor como determina o princípio da solidariedade social.

No segundo capítulo, tratamos da principiologia contratual contemporânea, princípios esses, que surgem para impor novos direitos e deveres, que propiciem a existência de um justo equilíbrio entre as partes contratantes. Busca-se através do

---

<sup>1</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: Revista dos Tribunais, vol. 750. São Paulo, abril, 1998. p. 113 - 120

princípio da função social, evitar injustiças, fazendo prevalecer o equilíbrio contratual, sem que a liberdade dos contratantes seja tolhida. No princípio da boa-fé objetiva, dentre outras finalidades, deve o mesmo, induzir as partes a serem leais e verdadeiras em suas relações negociais, privilegiando a ética e a moral que deve estar presente em todos os atos de nossa vida. Já, pelo princípio da equivalência material, o que se busca, é a realização da justiça contratual, sem que o contrato perca sua obrigatoriedade, que muito embora tenha sido relativizado, sua força obrigatória não deixa de existir, mantendo-se assim, a segurança jurídica.

Em seguida, no terceiro capítulo, pode-se encontrar dados, sobre a teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária, teoria essa, decorrente dos princípios gerais contratuais, tendo se originada na Inglaterra no século XVIII, tendo ingressado no Brasil, por intermédio da doutrina, e adotada pelos tribunais, a qual visa através de sua aplicação, nos casos em que ocorrer inadimplência de pouca monta, impedir a resolução do contrato, ressaltando ainda ao credor, o direito do recebimento de seu crédito faltante. Trata também, do instituto da alienação fiduciária em garantia, bem como, o inadimplemento e suas formas e consequências, onde amparado pelo Decreto Lei 911/1969, existe o impedimento de que seja aplicada a teoria do adimplemento substancial nos casos que envolvam a alienação fiduciária, autorizando ainda referido decreto, que o credor possa se utilizar diretamente da ação de busca e apreensão do bem alienado, não importando, o número de parcelas inadimplidas pelo devedor,

No último capítulo, é feito o relato da aceitação da teoria do adimplemento substancial pelo judiciário brasileiro, bem como, da dificuldade de se delimitar o que vem a ser o adimplemento substancial em uma relação jurídica, o que faz com que os tribunais sejam divergentes quanto ao parâmetro de configuração, não havendo assim, uma uniformidade a tal respeito, o que levou o STJ (Superior Tribunal de Justiça), a elaborar alguns critérios para que se determine o que vem a ser adimplemento substancial, onde com a configuração dos critérios definidos, era aplicada a teoria em análise, e optava pela manutenção do contrato em caso de adimplemento substancial do mesmo.

Verifica-se, que a teoria do adimplemento substancial, sempre foi aceita pela doutrina e jurisprudência nacional, até que ocorreu o julgamento do Resp (Recurso Especial) 1.622.555/MG, no ano de 2017, quando Superior Tribunal de Justiça, mudou seu posicionamento, no que se refere à alienação fiduciária, passando a não

mais admitir a teoria em tais casos, sendo que um dos motivos alegados, foi o fato de não existir expresso em nossa legislação, o claro acolhimento da teoria do adimplemento substancial e também, por entenderem os julgadores, que os princípios do Código de Defesa do Consumidor, são incompatíveis com o regime da alienação fiduciária.

No presente trabalho dissertativo entende-se que as mudanças realizadas pelo STJ, foram no intuito de proteger o instituto da alienação fiduciária, sendo que no entanto, esse procedimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi totalmente contrário aos anseios de postura social do Direito<sup>2</sup>, haja vista, que devido ao fato das instituições bancárias serem submissas ao código de defesa do consumidor, esse prepondera sobre o Decreto-Lei nº 911/1969, que trata da alienação fiduciária, na qual se fundamenta a decisão do STJ, pois, sendo o CDC (Código de Defesa do Consumidor) norma de ordem pública, prevalece sobre qualquer norma de caráter especial, que é o caso do Decreto-Lei 911/1969.

---

<sup>2</sup> Tais como: função social da posse; da propriedade; do contrato; da empresa.

## 1. DO DIREITO OBRIGACIONAL E NEGOCIAL

No âmbito do direito negocial, se localiza o nascedouro da obrigação jurídica, pois, uma vez que toda pessoa, por si ou representada, possui a capacidade de realizar negócios jurídicos, que devem estar sujeitos ao respeito á função social e a boa-fé objetiva, adquirindo direitos e se submetendo ao cumprimento de deveres oriundos do negócio realizado.

Esse dever de respeito ao princípio da função social e da boa-fé objetiva, se dá pela necessidade de que se limite o poder de atuação das partes envolvidas em uma negociação, evitando assim injustiças e/ou desigualdades que possam surgir em detrimento de uma parte com relação a outra.

Quando as partes se envolvem em uma negociação, elas devem obedecer os limites impostos pela legislação vigente relativa ao negócio, obedecendo aos requisitos exigidos para a realização de determinado ato negocial, sendo, que em se tratando de negociação de cunho privado, existira a liberdade de contratar, predominando aí, a autonomia que cada pessoa tem, em exercer sua vontade, podendo realizar tudo, o que não for proibido por lei e, que esteja em consonância com os princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Desse poder negocial inerente a cada indivíduo, quando exercido, nascem as convenções entre as partes, as quais, através do convencido, se vinculam de modo obrigacional, assim se mantendo, até que a prestação ajustada, seja totalmente adimplida, e são essas regras que se criam entre si, a qual denominamos de contrato.

### 1.1. DO CONTRATO

Em grande medida um mérito obrigacional se dá por lei ou por vontade. Sendo que, esta última, normalmente se manifesta em um instrumento denominado contrato, o qual além de registrar eventual manifestação de vontade encontra uma série de forças que atuam de forma interna ou externa as partes.

Por tais razões que se faz indispensável até para fins de premissa ao presente trabalho a leitura do instrumento mais cotidiano de manifestação de vontade, a saber: o contrato.

O contrato em sua leitura novecentista que era visto como uma espécie de ordenamento entre as partes onde o devedor, geralmente, se sujeitava à vontade do credor independentemente de qualquer equilíbrio contratual.

Tal conjuntura de coisas passou a sofrer ingerência por parte do Estado, diante da existência de uma norma hipotética fundamental (Constituição de 1988) e a mudança de codificação no ano de 2002.

A mudança de ares provocou leituras não só pela fonte primária, mas também pela doutrina e jurisprudência.

Gladston Mamede, acentua, que: “Sobre tal percepção, o Direito Contratual se constituiu e evoluiu, justificando mesmo o estabelecimento de normas reguladoras gerais e, conseqüentemente, de uma Teoria Geral dos Contratos.”<sup>3</sup>

Assevera ele, que o contrato, “é o acordo (ajuste) de vontades entre duas ou mais pessoas, nos limites permitidos pela constituição e pelas leis, constituindo norma privada com validade entre si.”<sup>4</sup>

Assim, a liberdade de contratar das partes, não é ampla ou absoluta, devendo estar de acordo com os limites impostos pelas normas legais, quais sejam, a Constituição Federal, as legislações que regem a matéria, sendo que somente assim, poderão ser consideradas como válidas.

Por sua vez, Orlando Gomes, conceitua contrato, como sendo o “negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regulam.”<sup>5</sup>

Bilateral, no sentido de que pode envolver somente um credor e um devedor, plurilateral, no sentido em que poderá haver mais de um credor ou mais de um devedor, sendo ainda, que a conduta (a obrigação, positiva ou negativa), deve estar de acordo com ordenamento jurídico.

No entender de Roberto Senise Lisboa, o contrato é o “ajuste de vontades por meio do qual são constituídos, modificados ou extintos os direitos que uma das pessoas tem, muitas vezes, em benefício de outra.”<sup>6</sup>

Vincenzo Roppo, nos relata, que o Código Civil da Itália, no artigo 1321, traz a definição de contrato, como sendo “*o acordo de duas partes ou mais, para constituir,*

---

<sup>3</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, volume 5: teoria geral dos contratos/ Gladston Mamede. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 3.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 10.

<sup>6</sup> LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito civil. Vol. 3. 3.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 41.

*regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial*”, apontando ainda, que são três os componentes da definição do contrato, *sendo o primeiro componente* o acordo dos interessados, pois o contrato é um ato de consenso, *o segundo componente*, atende ao objeto do acordo, é uma relação jurídico-patrimonial, sendo assim, um ato jurídico patrimonial, *e por terceiro*, se refere ao modo de como se opera o acordo com respeito ao seu objeto, pois o contrato, é um ato de vontade, sendo que, para que se forme, deverá estar presente todos os elementos acima apontados.<sup>7</sup> (tradução nossa)

Em se analisando as definições apontadas, verifica-se como ponto comum entre elas, a vontade do indivíduo em querer praticar ou não determinado ato, sendo que segundo Ecio Perim Junior, vontade, “é a faculdade de representar mentalmente um ato que pode ou não ser praticado em obediência a um impulso ou a motivos ditados pela razão. É sentimento que incita alguém a atingir o fim proposto por esta faculdade; aspiração; anseio; ou desejo.”<sup>8</sup>

Assim, por vontade, podemos entender como o desejo, a intenção, sendo que no latim, significa *voluntas, voluntatis*, que é justamente a intenção, a faculdade de que os indivíduos possuem de desejar ou não, a realização de determinado ato, de agir ou deixar de agir de determinada forma, avaliando a responsabilidade e a consequência de cada atitude tomada.

Como visto, a vontade se manifesta na deliberação espontânea e sem coação, em realizar ou não determinado ato, que possa gerar direitos e obrigações.

## 1.2. DA LIBERDADE NEGOCIAL

Negócio jurídico, é, como já dito, o ajuste de vontade resultante da relação entre indivíduos, que visam a produção de efeitos, em razão de atos patrimoniais previamente ajustados, os quais visam adquirir, modificar ou extinguir direitos.

Constata-se que além da base valorativa e principiológica atuante sob a base do contrato verifica-se, também, uma discricionariedade nas partes revelada na liberdade negocial.

<sup>7</sup> ROPPO, Vincenzo. 2009. El Contrato. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Lima, Gaceta Jurídica, p. 29. (tradução nossa)

<sup>8</sup> PERIN JUNIOR, Ecio. A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil face ao projeto do novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/518>. Acesso em: 31 jan. 2022.

Silvio de Salvo Venosa, na obra *Direito Civil – Parte Geral*, relata, que quando existe por parte da pessoa a intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, estamos diante do *negócio jurídico*, dizendo ainda, ser nítida a vontade, quando ele se refere a “intenção”, indo mais além, ao deixar claro, a vontade de gerar efeitos jurídicos característicos dos atos negociais.<sup>9</sup>

Vê-se assim, que o negócio jurídico, decorre da livre manifestação de vontade das partes, sendo esta manifestação, elemento essencial para que ele tenha total validade.

Ao tratar do tema em questão, Marcos Bernardes de Mello estabelece que:

Negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.<sup>10</sup>

Verifica-se em sua definição, além da presença da manifestação ou declaração consciente como ele chama, um outro elemento diferenciador, qual seja, uma delimitação na liberdade que as partes possuem de realizar negócios jurídicos.

Tal liberdade se manifesta de forma mais efetiva ou evidente na denominada autonomia da vontade.

### 1.2.1 Da Autonomia da Vontade

Vontade, segundo o *Dicionário Aurélio*, é a faculdade de representar mentalmente um ato que pode ou não ser praticado em obediência a um impulso ou a motivos ditados pela razão. É sentimento que incita alguém a atingir o fim proposto por esta faculdade; aspiração; anseio; ou desejo.

---

<sup>9</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral/Sílvio de Salvo Venosa*. – 7. Ed. - São Paulo: Atlas, 2007. – (Coleção direito civil; v. 1)

<sup>10</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato Jurídico: Plano da existência*. São Paulo. Editora Saraiva, 2013, p. 233.

Pelo que se percebe, a “vontade” tem sua origem no latim “*voluntate*” (significa consentimento, vontade, ato de querer), genericamente exprime a faculdade de querer, a manifestação exterior de um desejo, o propósito em fazer alguma coisa, a intenção de proceder desta ou daquela forma.<sup>11</sup>

Francisco Amaral, assevera que,

“para a psicologia, a vontade é uma faculdade espiritual do homem que traduz uma tendência, um impulso, para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido, enquanto para a ética, representa uma atitude ou disposição moral para querer algo. Metafísica ou filosoficamente, é uma entidade a que se atribui absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenômenos.”<sup>12</sup>.

Realça ainda o autor, que a vontade psicológica e vontade jurídica são diferentes, uma vez, que a psicológica estuda o campo do ser, divergindo da jurídica, que estuda o dever ser.”<sup>13</sup>

Assim, podemos dizer, que ter autonomia de vontade, significa, ser capaz de agir de acordo com seu próprio entendimento, sem se sujeitar a imposição alheia, realizando seus próprios desejos e anseios, sendo que a essa capacidade, podemos chamar de liberdade.

Desta forma, possui autonomia aquele que é capaz de agir por sua própria vontade, de modo espontâneo e sem pressão alguma, sendo, que a autonomia privada, significa a liberdade que cada pessoa tem de contrair deveres e obrigações recíprocas.

Importante ressaltar, que a autonomia da vontade se difere da autonomia privada, pois, enquanto a autonomia da vontade possui conotação objetiva, a autonomia privada, é pautada segundo Amaral, “*no poder da vontade no direito de um modo objetivo e concreto e real*”.<sup>14</sup>.

Elcio Perim Júnior, se manifesta acerca da força da vontade no seguinte sentido:

A vontade, manifestada ou declarada, possui no universo jurídico poderosa força criadora: é a vontade que através de fatos disciplinados pela norma,

<sup>11</sup> PERIN JUNIOR, Elcio. A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil face ao projeto do novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/518>.

<sup>12</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 6.ed. rev., atual. e aum. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 344.

<sup>13</sup> Ibidem, p.344.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 345.

determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção de direitos e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daquelas.<sup>15</sup>

Extrai-se, que somente com a existência de uma vontade livre de coação, e seguindo os ditames impostos pelas regras de direito, será possível gerar os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes em uma relação negocial contratual.

### 1.2.2 Da Autonomia Privada

Quando a pessoa tem a possibilidade de poder fazer ou deixar de fazer aquilo que pretende, agindo dentro do que a lei o permite, pode-se dizer que existe aí, a presença da autonomia privada, restando claro, que está autonomia, não é absoluta, mas sim limitada, pois nada pode ser feito, fora dos limites que a lei autoriza.

Roberto Wagner Marquesi, salienta, que Judith Martins Costa, em seus ensinamentos, estabelece, que:

Modernamente designa-se como 'autonomia privada' (dita no campo dos negócios, 'autonomia negocial') seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de autorregular os seus interesses estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), seja as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas legais ou jurisdicionais) que as limitam subtraindo ao poder derivado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado.<sup>16</sup>

Ao tratar do poder da autonomia, Pietro Perlingieri se manifesta, dizendo que,

[...] o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> PERIN JUNIOR. op. cit. Ecio. 2000..

<sup>16</sup> LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>>. Acesso em 20/12/2020.

<sup>17</sup> PERLINGIERI, Pietro, *Perfis de Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p, 277.

Assim, expõe ele, sobre as limitações impostas, bem como, a necessidade de que o ato de autonomia, esteja de acordo com as normas de ordem públicas.

Adverte Vincenzo Roppo, que os atos de autonomia privada, podem incidir sobre a formação do contrato, modificando as regras do jogo, estabelecidas a respeito pela lei, porém, diz ele, que a autonomia privada possui espaço, porém, não é um espaço ilimitado.<sup>18</sup>(tradução nossa).

Pelo que se nota, ele deixa claro que a autonomia privada possui limites que são estabelecidos pelo direito positivo, não sendo, portanto, absoluta a autonomia que são apresentadas aos particulares.

Enquanto isso, Francisco Amaral, ao tratar da autonomia privada, explicita os limites que são impostos aos particulares, anotando que:

os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes: a primeira, como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica; e os últimos, como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.<sup>19</sup>

Com estas considerações se conclui inicialmente, que as partes não possuem um amplo e livre espaço de limitações para suas manifestações de vontade, sendo necessário que se observe para tal, a legalidade e os preceitos de índole moral.

Uma vez compreendida que a autonomia encontra limitações no campo da vontade, necessária também observar se no campo da minuta contratual a liberdade contratual encontra barreiras.

Feita a reflexão acerca da autonomia da vontade e autonomia privada, já sabendo que a segunda decorre da primeira, falemos agora, sobre a liberdade para contratar e os limites a ela impostos.

---

<sup>18</sup> ROPPO, Vincenzo. 2009. El Contrato. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Lima, Gaceta Jurídica, p. 211. (tradução nossa).

<sup>19</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 6.ed. rev., atual. e aum. - Rio de janeiro: Renovar, 2006, p. 347.

### 1.2.3 Da Liberdade de Contratar e/ou Contratual

Temos, que liberdade é o direito de agir de acordo com a própria vontade, desde que não prejudique outra pessoa, é a sensação de estar livre e não depender de ninguém. Para a filosofia, liberdade é considerada, como a independência do ser humano, o poder de ter autonomia e espontaneidade em suas ações.

Na antiguidade, era livre o sujeito que estabelecia relação com seus pares, ou seja, a liberdade era realizada na esfera pública, o que temos por liberdade positiva, considerando ainda, que no mundo grego antigo, havia uma grande valorização da vida pública em detrimento da vida privada, do lar.

Benjamin Constant, ao tratar do assunto liberdade, faz comparação entre a liberdade antiga e a moderna, onde destaca o seguinte:

Assim, entre os antigos o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, escravo em todos os seus assuntos privados. Como cidadão ele decide sobre a paz e guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, desposa, exila, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence.<sup>20</sup>

Para Isaiah Berlin, a liberdade existe em dois sentidos, a liberdade positiva e a liberdade negativa, sendo que sobre a negativa, Berlin descreveu uma declaração como "*Eu não sou escravo de nenhum homem*" como liberdade negativa, isto é, o desejo de ser livre e de não ser guiado por um outro indivíduo, não ser coagido por forças externas e, declara, que a liberdade positiva seria "*Sou o meu próprio senhor*", onde o indivíduo possui o desejo de ser senhor de seus próprios atos, tomar suas próprias decisões, livres de qualquer tipo de coação.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. Disponível em: [https://www.academia.edu/34737069/DA\\_LIBERDADE\\_DOS\\_ANTIGOS\\_COMPARADA\\_À\\_DOS\\_MODERNOS](https://www.academia.edu/34737069/DA_LIBERDADE_DOS_ANTIGOS_COMPARADA_À_DOS_MODERNOS). Acesso em: 01 de fevereiro de 2022

<sup>21</sup> BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. Estudos sobre humanidade: uma antologia de ensaios. Tradução Rosaura Eichenberg: São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p, 237.

Assim, o espaço público era considerado o espaço da liberdade, no qual, todo cidadão era considerado igual, e por isso livre.

De outro vértice, Benjamin Constant ao falar da liberdade dos modernos, expõe que:

Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo, independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência. Sua soberania é restrita, quase sempre interrompida; e, se, em épocas determinadas, mas raras, durante as quais ainda é cercado por precauções e impedimentos, ele exerce essa soberania, é sempre para abdicar a ela.<sup>22</sup>

Por sua vez, John Rawls, prefere descrever a liberdade, verificando se determinada pessoa está ou não livre desta ou daquela restrição, se está apto para fazer ou não fazer alguma coisa. Assevera ele, que “as pessoas têm liberdade para fazer ou não fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas.”<sup>23</sup>

A declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 4º descreve que, “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.”<sup>24</sup>

Falando sobre a liberdade de contratar, Enzo Roppo relata que:

Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia de liberdade de contratar. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controles: não concluir um certo contrato, não inserir nele uma certa cláusula.

---

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 219.

<sup>24</sup> A declaração dos direitos do Homem e do Cidadão 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2022.

Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais –deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.<sup>25</sup>

A liberdade de contratar, decorre do relacionamento dos homens, estabelecendo normas para que os negócios a serem realizados, tenham eficácia e validade.

J. Miguel Lobato Gomes, discorre, que pelo princípio da autonomia privada, o ordenamento jurídico reconhece às pessoas, algumas possibilidades na esfera contratual, dentre elas, cita:

a) a liberdade de celebração do contrato ou liberdade de contratar propriamente dita [...]; b) Liberdade de escolher livremente a pessoa com quem se vai contratar, salvo as exceções legalmente previstas [...]; c) A liberdade de seleção do tipo contratual que melhor sirva a seus interesses.[...] d) A liberdade de estipulação, isto é a possibilidade de fixar livremente o conteúdo do contrato, incluindo as cláusulas que tenha por conveniente e dando-lhes a redação que lhe pareça mais adequada aos interesses das partes. [...]; e, por fim, e) O último aspecto da liberdade contratual é a liberdade de forma. [...].<sup>26</sup>

No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo, que nossa legislação, possui meios de limitar essa autonomia que restringem a vontade dos contratantes, a fim de se garantir que se imperem interesses maiores que aqueles pretendidos por cada contratante individualmente.

Assevera Álvaro Villaça Azevedo, que “de futuro, certamente, no plano internacional, deverá existir um sistema jurídico de ordem pública, para que se coíbam abusos nas contratações, preservando-se, assim, principalmente, a própria dignidade dos povos em desenvolvimento”.<sup>27</sup>

Assim, é que o Código Civil Brasileiro de 2002, traz expresso em seu artigo 421, que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”, enquanto, que no artigo 422 do mesmo diploma legal, estabelece

<sup>25</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32-33

<sup>26</sup> GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Autonomia privada e liberdade contratual. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2397, 23 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14238>. Acesso em: 12 dez. 2020.

<sup>27</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça Princípios Gerais de Direito Contratual, 1997, p. 100, apud Luiz Edson Fachin, Teoria Crítica do Direito Civil, Rio de Janeiro; Renovar, 2000, p. 100.

que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

Realçam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que o direito civil, no início do século XX, na Europa, e após a década de 30, no Brasil, deslocou o seu eixo centralizador do Código para leis especiais e estatutos jurídicos autônomos, caracterizando o fenômeno da *descentralização ou desconcentração normativa*.<sup>28</sup>

Acrescentam ainda, que “[...] a moderna *teoria geral do direito civil*, erigida em sólida base constitucional, deve firmar os seus alicerces na autonomia da vontade e na livre iniciativa, *sem que se deixem de observar os princípios de direito e de moral que devem pautar o solidarismo social*.”<sup>29</sup>

O que se observa, é que a vontade, não é o que mais prepondera como ponto final do contrato, já que atualmente, deve-se verificar e impedir que injustiças contratuais aconteçam, devendo agora prevalecer, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípios esses, que hoje fazem parte da esfera do direito constitucional, que também regulam situações sobre a propriedade, a família e do contrato, fazendo necessário que a vontade das partes, respeitem as normas constitucionais e os princípios da ordem pública e de solidarismo social.

Revedo posição anteriormente afirmada, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenval, informam que a vontade não é mais absoluta no negócio jurídico, “sofrendo, sempre, as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção destinada à pessoa humana, realçando sua necessária dignidade (CF/88, art. 1º, III).”<sup>30</sup>

Argumentam ainda, que:

A materialização da autonomia privada não pode importar na afronta a valores fundamentais consagrados em sede constitucional, decorrentes da teoria da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, nem, tampouco, violar certos deveres mínimos de *lealdade e respeito recíprocos* entre os

<sup>28</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. 1: parte geral, 14. ed. Ver. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p, 355

<sup>29</sup> Ibidem, p. 358

<sup>30</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenval-16. ed. ver. E atual. – Salvador: ed. Ver. Ampl. E atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. E-book

contratantes (*treu und Glauben*, no original alemão) ou prejudicar interesses de terceiros e da coletividade como um todo. Equivale a dizer: a liberdade negocial tem de ser exercida nos limites impostos pela Constituição da República e pelo código Civil.<sup>31</sup>

Entende-se por suas palavras, que a vontade negocial sempre será sinônimo de autonomia privada, e que deverá ser compreendida sempre a luz dos princípios constitucionais, que protegem a pessoa humana em todas as suas necessidades e sentidos.

Relata Anderson Schreiber, que

Se, no passado, a autonomia da vontade era vista como valor em si mesmo, a atrair legitimidade ao negócio jurídico pelo simples fato de ser fruto da liberdade individual, hoje a situação afigura-se inteiramente diversa. O negócio jurídico não é mais terreno exclusivo da vontade, imune à incidência das normas constitucionais, mas instrumento cujo merecimento de tutela deve ser permanentemente aferido à luz da nova tábua axiológica consagrada pela Constituição. Os efeitos de um negócio jurídico concreto não derivam da vontade dos celebrantes, mas decorrem e se justificam apenas na medida em que se reconhece a legitimidade dos fins perseguidos, e do modo como são perseguidos, naquele particular exercício da autonomia privada.<sup>32</sup>

Sobre a liberdade de uso da vontade individual de contratar, Anderson Schreiber, extenua seu pensamento, falando sobre os malefícios do livre exercício e, da limitação imposta pelo ordenamento jurídico, discorrendo que,

O livre exercício da vontade individual, que tantas iniquidades gerava nas relações entre agentes econômicos desiguais, deixa de ser aceito como expressão fundamental do direito privado, para passar a ser tutelado apenas quando e na medida em que se mostre em consonância com a dignidade humana, entendida sob uma ótica solidarista. A autonomia privada deixa de ser um espaço de livre exercício de interesses privados, para integrar-se ao ordenamento jurídico, submetendo-se, como todos os demais institutos jurídicos, aos valores consagrados em nível constitucional.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenval-16. ed. ver. E atual. – Salvador: ed. Ver. Ampl. E atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. E-book

<sup>32</sup> SCHREIBER, Anderson, Manual de direito civil contemporâneo/Anderson Schreiber. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p, 219-220

<sup>33</sup> Ibidem. p. 220

O fundamento de legitimidade da autonomia privada, passa a variar de acordo com os interesses perseguidos e com os valores constitucionais, a legitimidade dos atos particulares, passa a estar condicionada ao atendimento dos valores constitucionais, e em especial àqueles indicados como fundamentais pela própria Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.<sup>34</sup>

Apontam ocorrer, uma verdadeira transformação no conteúdo da autonomia privada, imposta por limites – ou melhor, elementos – que são antes internos que externos,

[...] sendo que esses novos elementos da autonomia privada manifestam-se, no plano legislativo, por meio, por exemplo, dos estatutos que asseguram ampla proteção a setores sociais reconhecidamente vulneráveis, como os consumidores e os trabalhadores, determinando a nulidade de certas cláusulas *a priori* reputadas abusivas da condição de vulnerabilidade e atribuindo expressamente caráter irrenunciável a uma série de direitos considerados necessários ao equilíbrio da relação jurídica em foco.<sup>35</sup>

O que é preciso levar em conta, é que mesmo que a lei ou contrato autorize determinado comportamento, deverá ser verificado se esse comportamento, está ou não de acordo com a dignidade humana e a solidariedade social, para que exista a tutela jurídica.

Como escrevem Lima, Santos e Marquesi

É notória a quebra do paradigma clássico e liberal com o advento de um Estado Social e intervencionista, conotando-se aos negócios jurídicos, principalmente, uma visão moderna. Nesta perspectiva há destaque para um perfil solidarista do direito, com cunho de valorização do indivíduo como pessoa, em outras palavras, é o início para a busca de um direito social e despatrimonializado.<sup>36</sup>

Com as mudanças de paradigmas levadas a efeito, Francisco Amaral, demonstra que “[...] uma função social significa considerar que os interesses da

---

<sup>34</sup> Ibidem. p. 221

<sup>35</sup> Ibidem. p. 220-221

<sup>36</sup> LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>>. Acesso em 20/12/2020.

sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais.”<sup>37</sup>

Conclui, dizendo que: “é precisamente com esse entendimento (função social), que a autonomia privada pode e deve direcionar-se, [...] aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interessados comunitários e corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo e capitalismo.”<sup>38</sup>

Da manifestação da vontade em contratar, uma vez concretizada, nasce a obrigação ao cumprimento, como a seguir se verá.

### 1.3. DA OBRIGAÇÃO: CONCEITO; NATUREZA JURÍDICA E ESTRUTURA

Conforme ensinamento de Giselda M.F Novaes Hironaka e Renato Duarte Franco de Moraes, no direito romano, o termo que primeiro foi utilizado para designar obrigação, era *nexum*, no sentido de vínculo que une o devedor ao credor, onde em caso de inadimplemento, o credor tinha o poder de exigir o cumprimento da obrigação por parte do devedor.<sup>39</sup>

Giselda M.F Novaes Hironaka e Renato Duarte Franco de Moraes, asseveram que “o traço distintivo entre os sistemas romanos e brasileiro reside no fato de que, no primeiro, aquele que deixasse de implementar sua obrigação *espontaneamente* perante seu credor, respondia com *seu próprio corpo*, enquanto que no segundo a responsabilidade é patrimonial.”<sup>40</sup>

Atentando ao que acentuam os autores citados acima, ao contrário do que ocorria na Roma antiga, onde as penas eram impostas sobre a pessoa do devedor, que poderia até mesmo se tornar posse do credor, pois, se o devedor não pagasse,

---

<sup>37</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 367

<sup>38</sup> AMARAL. op. cit. p. 369

<sup>39</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das obrigações /, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Renato Duarte Franco de Moraes. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito Civil; 2) orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka. p.17

<sup>40</sup> Ibidem. p.17

dentro do prazo estipulado, o credor poderia levá-lo com pés e mãos amarrados ao cárcere privado por sessenta dias, e posteriormente, a praça pública para vendê-lo e, se não houvesse comprador, poderia o credor, tomar a posse do devedor para si, onde poderia torná-lo como escravo ou até mesmo mata-lo.<sup>41</sup>

Diferente do passado, hoje, a penalidade recai sobre o patrimônio do devedor, ou seja, são os bens de propriedade do sujeito passivo que irão responder pela obrigação inadimplida, onde o devedor que não cumpre com a obrigação assumida, é obrigado a restaurar o prejuízo causado ao credor, e se não o fizer, o credor passará a ter o direito de recorrer à justiça, para fins de ter sua pretensão creditícia satisfeita, através de aquisição ou venda dos bens que sejam de propriedade do devedor.

O nosso código civil não estabelece o conceito de que seja “obrigação”, cabendo aos doutrinadores, a função de realizarem tal tarefa, até porque, como acentua Silvio de Salvo Venosa, “o conceito é intuitivo e não cabe como regra geral, ao legislador definir.”<sup>42</sup>

A conceituação da obrigação não é tarefa fácil, e não existe consenso entre os civilistas sobre seu conceito, no entanto, existem duas correntes que procuram conceituar o que seja a obrigação, sendo as mesmas, a dos *personalistas* e a dos *patrimonialistas*.

Se extrai da obra de Orlando Gomes, que a figura que mais realça quando da defesa da corrente personalista é Savigny, sendo que para ele, a obrigação é o poder que o credor possui sobre o devedor, relativo a prestação que deve ser realizada pelo devedor, conceito esse, que é contestado por seus opositores, ao argumentarem, que “[...] a prestação do devedor - é um comportamento inseparável da sua pessoa, inconvertível em coisa para se tornar objeto de domínio.”<sup>43</sup>

Por outro lado, relata Orlando Gomes que os patrimonialistas, possuem posição mais radical, sustentando que: “a obrigação é uma relação entre dois patrimônios”, esquecidos, como advertiu Planiol, de que uma relação pessoal

---

<sup>41</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das obrigações /, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Renato Duarte Franco de Moraes. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito Civil; 2) orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka, p. 28

<sup>42</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010, p. 262.

<sup>43</sup> GOMES, Orlando. Obrigações / Orlando Gomes; atualizador Edvaldo Brito. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 e-book

pressupõe necessariamente dois sujeitos. Patrimônio é coisa e entre coisas não se forma relação jurídica.”<sup>44</sup>

Silvio de Salvo Venosa, apresenta o conceito de obrigação, como sendo “uma relação jurídica transitória de cunho pecuniário, unindo duas (ou mais) pessoas, devendo uma, (o devedor), realizar uma prestação à outra, (o credor).<sup>45</sup>

Ao tratar do conceito de obrigação, Clovis Beviláqua, se refere a ela como sendo

[...] a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.<sup>46</sup>

Por seu turno, Álvaro Villaça de Azevedo, nos dá o seu conceito de obrigação, acrescentando a vinculação do devedor ao credor, afirmando, que:

Obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.<sup>47</sup>

Nos conceitos de obrigação acima apontados, pode-se perceber alguns elementos comuns entre eles, quais sejam, é uma relação jurídica; possui caráter transitório; apresenta um vínculo entre duas ou mais pessoas; estabelece uma prestação e, sempre se refere a um valor econômico.

Trata-se de uma relação jurídica, pelo fato que une duas ou mais pessoas, sendo, que de forma automática, desvincula-se das demais relações existentes que não fazem parte do mundo do direito, como as relações morais e religiosas.

São lados diferentes, com interesses opostos, onde essas pessoas, passam a ser chamadas de sujeito passivo (devedor) aquele que deve adimplir a obrigação assumida, e sujeito ativo (credor), aquele que possui o direito de exigir do devedor que se cumpra em seu favor a obrigação adquirida pelo devedor.

---

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010, p. 262

<sup>46</sup> BEVILAQUÁ, Clovis. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Rio (edição histórica), 1977, p. 14

<sup>47</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações. 10, ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 31

Sua transitoriedade, está no fato, de que ela não é definitiva, ou seja, tem um termo final, que se alcança com o adimplemento da prestação assumida pelo devedor, ou quem lhe faça as vezes.

Quanto a natureza jurídica e estrutura, a patrimonialidade da obrigação é uma característica da relação obrigacional, ou seja, para que a prestação tenha relevância jurídica, ela deve ter objeto de caráter patrimonial, devendo a pretensão do credor, ser de conteúdo econômico. Assevera Carlos Alberto Garbi, que “o interesse não precisa ser econômico, mas o objeto da prestação há de ter conteúdo patrimonial.”<sup>48</sup> Dispõe, que “a patrimonialidade da prestação, objetivamente considerada, é imprescindível à sua caracterização, pois, do contrário, e segundo ponderação de Colagrosso, não seria possível atuar a coação jurídica, predisposta na lei, para o caso de inadimplemento.”<sup>49</sup>

O que deve ser levado em consideração, é que o objeto da obrigação deve ser avaliável economicamente, não importando se o interesse do credor é ou não patrimonial.

Verifica-se ainda, a existência de elementos comuns nos conceitos de obrigação dentre eles, alguns idênticos, pois se identifica como uma relação jurídica, possui caráter transitório; apresenta um vínculo entre duas ou mais pessoas e estabelece uma prestação, referindo sempre a um valor econômico.

Alertam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que os elementos que constituem a obrigação, não devem ser confundidos com as fontes da obrigação, pois a fonte, “traduz a sua causa genética, ou seja, o fato ou ato jurídico criador da própria relação jurídica obrigacional”, não podendo ser confundido com o vínculo obrigacional que une credor e devedor.<sup>50</sup>

Dentre os elementos que estabelecem a relação jurídica obrigacional, é possível destacar o elemento subjetivo, correspondente aos sujeitos da relação obrigacional, quais sejam o sujeito passivo (devedor) e o sujeito ativo (credor), bem como, o elemento objetivo, qual seja, a prestação, aquilo que se propõe a cumprir o

---

<sup>48</sup> GARBI, Carlos Alberto. O adimplemento da obrigação e a intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé. 2010. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 50.

<sup>49</sup> Ibidem, p.50.

<sup>50</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 2 : obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

devedor em face do credor, e o elemento espiritual ou abstrato, qual seja, o vínculo jurídico que une o credor ao devedor.

Através do elemento subjetivo, o credor (sujeito ativo), passa a ter o direito legal de cobrar do devedor (sujeito passivo), que se sente pressionado ao adimplemento da obrigação, e por tratar de relação que é regulada pelas normas do direito, ela passa a ser considerada como jurídica, onde o seu não cumprimento, acarretara as penalizações legais. Importante destacar, que as partes, ativas e passivas da obrigação, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, devem ser determinadas ou pelo menos de possível determinação, para que se possa existir uma relação jurídica obrigacional.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Renato Duarte Franco de Moraes, descrevem a existência de dois elementos extraídos do conteúdo da obrigação, quais sejam: *o elemento dívida e o elemento responsabilidade*.<sup>51</sup>

O elemento dívida (*Schuld*), é o próprio dever de pagar aquilo ao qual se obrigou, de saldar a dívida contraída, quando aceitou cumprir determinada prestação, que nada mais é do que a obrigação assumida, que, pode ser positiva ou negativa, traduzindo-se em obrigações de dar, fazer ou não fazer.

Pelo ensinamento de Álvaro Villaça Azevedo, “a responsabilidade é uma relação jurídica derivada do inadimplemento da relação jurídica originária (obrigação).”<sup>52</sup>

O elemento responsabilidade (*Haftung*), só aparecerá quando ficar constatado o inadimplemento da obrigação por parte do devedor, só então o credor passará a ter o direito de cobrar o seu crédito, o fazendo, através da execução do patrimônio do devedor.

Salientam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que a obrigação é composta de dois tipos de objetos, o direto ou imediato e o indireto ou mediato. O objeto imediato, é constituído por uma ação positiva ou negativa do devedor, a fim de satisfazer a pretensão do credor, a própria prestação propriamente dita, enquanto o

---

<sup>51</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das obrigações /, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Renato Duarte Franco de Moraes. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito Civil; 2) orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka, p. 28

<sup>52</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações. 10, ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 39

objeto indireto ou mediato, se constitui no objeto da prestação, a coisa de interesse do credor.<sup>53</sup>

Assinala Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Renato Duarte Franco de Moraes, que “O objeto da obrigação, não é a *coisa em si*, (a coisa, é o *objeto da prestação*), mas consiste na própria entrega; na atividade do devedor ao dar, fazer ou não fazer algo, em favor do credor e pelo fato de estar adstrito a isto.”<sup>54</sup>

Quando trata do tema que está sendo realçado, Paulo Luiz Netto Lobo, exprime seu pensamento, dizendo que:

Não se pode confundir dívida (dever) com obrigação, porque a primeira antecede e gera a segunda. Na relação jurídica obrigacional, não há obrigação sem dívida. Nem sempre a obrigação ocorre simultaneamente com dívida. Quem vende à vista já tem o dever e a obrigação de prestar (entregar a coisa). Se alguém obrigou-se a entregar a outrem uma coisa dois dias após, já existe o direito (crédito) e o dever (dívida), mas não a pretensão e a correlativa obrigação. Do mesmo modo, não se deve confundir obrigação com a prestação, porque esta é o objeto daquela (e também da dívida).<sup>55</sup>

Segundo Silvio de Salvo Venosa, a prestação “pode ser um ato ou um conjunto de atos, uma conduta, enfim, de aspecto positivo ou negativo, uma vez que a prestação poderá ser simples abstenção.”<sup>56</sup>

Antunes Varela, se manifesta sobre o tema em análise, dizendo que:

A prestação consiste, em regra, numa atividade, ou numa ação do devedor (entregar uma coisa, realizar uma obra, dar uma consulta, patrocinar alguém numa causa, transportar alguns móveis, transmitir um crédito, dar certos números de lições etc.). Mas também pode consistir numa abstenção, permissão ou omissão (obrigação de não abrir estabelecimentos de certo ramo de comércio na mesma rua ou na mesma localidade; obrigação de não usar a coisa recebida em depósito; obrigações de não fazer escavações que provoquem o desmoronamento do prédio vizinho).<sup>57</sup>

Assim, prestação assumida, é o objeto da obrigação, é a ação ou omissão a qual está obrigado o devedor, que pode constituir-se em um fazer ou não fazer.

---

<sup>53</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 2 : obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book

<sup>54</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das obrigações / Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Renato Duarte Franco de Moraes. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito Civil; 2) orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka, p. 29

<sup>55</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo. Saraiva, 2005, p.23-24.

<sup>56</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010, p. 263.

<sup>57</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, 9. ed., Coimbra: Almedina, 1996, v. 1, p. 80.

Tem-se ainda, que a prestação deve ser passível de cumprimento, ou seja, não poderá ser ela, contraria ao ordenamento jurídico tendo que estar ao alcance das possibilidades humanas, para que possa ter plena validade, devendo ainda, ser determinável ou determinada, havendo também, a necessidade de ser imediata a individualização de seu objeto, ou, que seja possível sua determinação quando do cumprimento da obrigação assumida.

Importante também salientar, a necessidade de que a prestação seja passível de avaliação econômica, pois, se assim não for, não será considerada no mundo do direito da obrigação.

#### 1.4 DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Por intermédio das relações jurídicas, é que se evidencia a existência da autonomia privada na esfera patrimonial. Apresenta ela, requisitos de ordem material, representada pelas relações sociais e de ordem formal, representado pela norma de direito incidente, que dá a relação social, a característica de jurídica.

Pontua Francisco Amaral, que “a incidência da norma transforma a relação em um vínculo jurídico que se traduz em uma situação de poder e outra de dever ou de sujeição. Pode-se, portanto, dizer, que a relação jurídica é a relação social disciplinada pelo direito, e concretamente, é uma relação entre sujeitos, um titular de um poder, outro, de um dever.”<sup>58</sup>

Algumas das atitudes sociais que tomamos em nossa vida, podem dar origem á uma relação jurídica, sendo certo, que nem todos os nossos atos, podem ser considerados ou originar relevância jurídica propriamente dita. Pode-se dizer, que a relação jurídica, é uma espécie de relação social, uma vez, que deriva do contato que os indivíduos possuem entre si, ao passo, que nem toda relação social pode ter relevância jurídica, havendo necessidade, de se averiguar qual a finalidade do contato havido entre os indivíduos.

Existem aquelas situações, onde a própria legislação as considera como jurídica, a título de exemplo, aquelas de ordem fiscal, ou seja, as relações jurídicas, podem resultar tanto dos atos sociais dos indivíduos, quanto das situações que são impostas pela própria lei.

---

<sup>58</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de janeiro: Renovar, 2003, p, 160-161

A esse respeito, Miguel Reale, pondera que:

Quer, porém, se entenda que as relações jurídicas são *reconhecidas* pelo Estado, ou que surjam *também* em virtude de ato constitutivo do Estado, o certo é que não há que se falar em relação jurídica se não houver um fato correspondente a normas de direito, de conformidade com o seguinte princípio básico, “Os fatos e relações sociais passam sob a ação desse facho normativo, é que elas adquirem o significado de “relações jurídicas”.<sup>59</sup>

Pontua ainda Miguel Reale, que

dois requisitos são, portanto, necessários para que haja uma relação jurídica. Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem consequências obrigatórias no plano da experiência.<sup>60</sup>

Em outras palavras, exige-se que do contato havido entre os indivíduos, decorra uma situação que obrigatoriamente, seja regulada pelas normas do direito.

Ainda existem elementos que são caracterizadores da relação jurídica, quais sejam, *o sujeito ativo*, representado pelo credor, que é aquele a quem haverá o direito ao benefício da prestação; *o sujeito passivo*, que o obrigado ao adimplemento da obrigação oriunda da relação jurídica; *o vínculo* que une os envolvidos e, *o objeto*, que é o motivo pelo qual a relação jurídica se firmou.

Marcos Ehrhardt Júnior, assinala, que

[...] no direito obrigacional o credor (sujeito ativo) é aquele que tem a faculdade, reconhecida pelo sistema jurídico, de exigir do devedor (sujeito passivo) uma prestação, isto é, a realização de uma conduta, que se manifesta pelo exercício de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.<sup>61</sup>

Com a realização de um contrato as partes assumem entre si, direitos e obrigações, as quais, devem ser cumpridas na forma avençada contratualmente, sob pena das consequências legais e/ou convencionais.

<sup>59</sup> REALE, Miguel. - Lições Preliminares de Direito/ Miguel Reale, 27ª edição ajustada ao novo Código Civil, 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 216

<sup>61</sup> JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.56, p.141-155, 2012, p. 143 – Acesso em 10 de dezembro 2020

Sobre o conceito de relação jurídica, não existe muita discordância doutrinária, a qual geralmente, é vista como um vínculo negocial, que une duas ou mais pessoas, surgindo dessa união, direitos e deveres a serem observados, na qual o devedor se obriga a pagar ao credor, determinada prestação.

Para Francisco Amaral, “relação jurídica é o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres”. Continua ele dizendo, “representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram a respeito de bens ou interesses jurídicos”.<sup>62</sup>

Para Orlando Gomes, o conceito de relação obrigacional, também tem a ver com “[...] um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor”.<sup>63</sup>

Assim, podemos considerar, que vínculo, é aquilo que une duas ou mais pessoas, credor e devedor, que representam os dois polos da relação, qual seja, o sujeito passivo e o sujeito ativo. Esse vínculo que passa a existir entre os sujeitos, e faz com que o devedor tenha que cumprir determinada prestação favorável ao credor, é parte estruturante da obrigação.

Pelo que se pode extrair dos conceitos anotados e emitidos pelos renomados doutrinadores elencados, e com suporte nas palavras de Francisco Amaral, os conceitos de relação jurídica,

São básicos de direito privado, representando a situação jurídica de bilateralidade que se estabelece entre sujeitos, em posição de poder, e outros em correspondente posição de dever. Poderes e deveres estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a tutela de um interesse, entendendo-se como interesse a necessidade de bens materiais que se constituem em razão de agir.<sup>64</sup>

Importante ressaltar, a preocupação de Paulo Lobo, onde explica, que:

A doutrina costuma identificar a relação jurídica obrigacional na exigibilidade da prestação, ou seja, é aquela em que uma parte tem o direito de exigir uma determinada prestação e a outra tem a obrigação de cumpri-la. Mas a

---

<sup>62</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.159.

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17

<sup>64</sup> Ibidem, p.159.

exigibilidade é desdobramento ou efeito da relação de crédito e débito, quando o primeiro se converte em pretensão e o segundo em obrigação em sentido estrito (...) não se pode enxergar a relação obrigacional apenas quando a dívida se convolou em obrigação, ou quando o dever de prestar já é exigível.<sup>65</sup>

Nos dias atuais, não podemos ver a obrigação somente com a ótica do código civil, sendo que, não impera mais o interesse do credor em detrimento do devedor, quando então, “*deverá haver o equilíbrio de direitos e deveres entre credor e devedor*”<sup>66</sup>, tudo isso, fundado no princípio da solidariedade social.

Nas palavras de Marcos Ehrhardt Júnior, ao analisar os conceitos clássicos de obrigação chega-se a conclusão, que

o conceito clássico de relação obrigacional se revelou inadequado e insuficiente para tutelar todas as vicissitudes inerentes à visão solidarista da relação obrigacional, que não mais se limita ao resultado da soma de débito e crédito, devendo abandonar tal posição estática para que o vínculo obrigacional seja visto como um processo de cooperação voltado para determinado fim.<sup>67</sup>

De ficar claro, que com esse novo modo de entender a relação obrigacional, não se pretende tirar a liberdade de agir dos contratantes, sendo que se busca, é deixar mais humana a relação contratual que existe entre as partes.

---

<sup>65</sup> LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos / Paulo Lôbo. - . São Paulo. Saraiva, 2011, p.50.

<sup>66</sup> LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos / Paulo Lôbo - São Paulo. Saraiva, 2011, p. 18.

<sup>67</sup> JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.56, p.141-155, 2012, p. 144-145 – Acesso em 10 de dezembro 2020

## 2. DA PRINCIPIOLOGIA NEGOCIAL CONTEMPORÂNEA

Uma vez compreendido o instrumento fundamental volitivo necessário se faz compreender a base principiológica contemporânea, quais sejam, a função social dos contratos, à boa-fé e ao equilíbrio econômico.

Ao tratar dos princípios contratuais, Antônio Junqueira de Azevedo, nos informa, que:

São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei - princípio da liberdade contratual lato sensu; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil (LGL\2002\400) francês), *pacta sunt servanda* - princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* - princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira metade do século XX obrigaram os juristas a reconhecer o papel da ordem pública, acrescentando-se, pois, segundo alguns, um quarto princípio, dito "princípio da supremacia da ordem pública" (na verdade, antes um limite que um princípio).<sup>68</sup>

Pedro Oliveira da Costa, assim se manifesta acerca dos novos princípios contratuais:

No modelo contemporâneo dos contratos, portanto, cada um dos princípios clássicos é confrontado com um novo princípio, capaz de moldar-lhe a aplicação e redefinir-lhe a abrangência. A liberdade contratual é informada pela boa-fé, considerada em seu viés objetivo, a incidir em todas as fases da relação negocial, qualificando a conduta das partes e orientando a interpretação do contratado; o vetusto *pacta sunt servanda* é mitigado pela necessidade de se assegurar o equilíbrio entre a prestação e contraprestação, evitando-se contratações iníquas ou execuções desarrazoadas de obrigações inicialmente razoáveis; a relatividade dos

---

<sup>68</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 750. São Paulo, abril, 1998. p.115.

efeitos do contrato é abrandada pelo reconhecimento e afirmação da sua função social.<sup>69</sup>

Nota-se, por suas palavras, que os novos princípios vieram em substituição aos que vigiam anteriormente, impondo direitos e deveres, antes durante a após a relação negocial e, propiciando a existência uma relação justa e equilibrada entre os contratantes.

Veremos a seguir, que os novos princípios contratuais, humanizam a relação contratual, sem excluir a liberdade dos contratantes.

## 2.1. DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Através da observância desse princípio, poderemos verificar o prevalectimento dos valores coletivos sobre os particulares, sempre, levando em conta e respeitando os direitos fundamentais da pessoa humana

Acentuam Eros Belin de Moura Cordeiro e Noemia P.F Moura Cordeiro, que

é a partir do princípio da solidariedade que deve se interpretar a função social do contrato, construindo-se assim mandamento jurídico determinante não somente do respeito mútuo entre os envolvidos na relação contratual, como também de terceiros que, de alguma forma, sofram efeitos derivados da relação contratual.<sup>70</sup>

O princípio da função social da propriedade obriga que o titular de um direito, se submeta primeiro aos interesses da coletividade, para que o seu interesse particular seja tutelado, impondo ainda ao contratante, que se observe os efeitos que o contrato irá causar na sociedade. Busca-se através do princípio da função social, evitar injustiças, fazendo prevalecer o equilíbrio contratual, sem que a liberdade dos contratantes seja tolhida.

---

<sup>69</sup> COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005. p. 52.

<sup>70</sup> MOURA CORDEIRO, Eros Belin de & MOURA CORDEIRO, Noêmia P.F. de. Dignidade jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia. In: TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Diálogos sobre o direito civil: volume II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122

No Código Civil Brasileiro de 1916, se verificava a existência dos dois grandes ramos do direito, o público e o privado, trazendo ainda, expresso em referido código, a informação de que se destinava a regular as relações de origem privada. No que se refere ao direito público, era privilegiado o interesse da sociedade sobre o particular, sempre respeitando os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, ao passo que no direito privado, o que prevalecia, era a vontade das partes, e não o interesse coletivo.

Conforme pontua Gladston Mamede, o código civil de 1916, estava preso à tradição romana, de que “o direito público é o que tem pôr fim a organização da república romana” e, em contraste, “o Direito Privado é o que visa à utilidade dos particulares”.<sup>71</sup>

De se observar, que cada ramo possuía características próprias que não interagem entre si, e como esclarece Gladston Mamede, no espaço público, haverá constante intervenção do Estado nos atos praticados pelos indivíduos, onde sempre prevaleceria o interesse coletivo sobre o particular, enquanto no espaço privado, impera a vontade do particular e não o interesse da sociedade.<sup>72</sup>

Contrário a isso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 421 determina que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", prevendo assim, a intervenção do estado nos negócios privados, procurando evitar que haja prevalência maléfica entre a vontade dos contratantes, deixando claro, que os interesses particulares, devem possuir relação estreita com os interesses sociais, e caso exista divergências entre os interesses particulares e sociais, haverá predomínio do último, tendo em vista, a primazia da justiça social, prevista no artigo 170 da Constituição Federal Brasileira.

Nesse mesmo sentido acentua Paulo Lôbo, que “o princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalentes.”<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, volume 5: teoria geral dos contratos/ Gladston Mamede. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 24.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>73</sup> LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos / Paulo Lôbo. - . São Paulo. Saraiva, 2011, p. 69.

O que se observa, é que a liberdade de contratar deve estar de acordo com a função social do contrato, sendo necessário ainda, que se observe os princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico.

Ao falar sobre essa intervenção estatal nos negócios, Gladston Mamede, se manifesta no sentido de que

isso não quer dizer que o espaço privado foi suprimido [...], mas o espaço privado viu-se cadenciado por algumas intervenções legítimas do Estado, feitas por meio de leis, o que reduz-lhe sensivelmente a amplitude. [...] Essa intervenção, pressupõe o equilíbrio entre o interesse da unidade (a pessoa) e o da coletividade (a sociedade estruturada em estado).<sup>74</sup>

Conclui afirmando, sobre a perda de total prevalência da autonomia privada, assinalando, ser necessário que se observe a função social e respeito às garantias constitucionais, sempre que se pretenda exercer qualquer direito, informando que o interesse privado não é mais absoluto, sendo necessário, que se respeite a função social e respeite as garantias constitucionais.<sup>75</sup>

Vale a pena pontuar, que a função social não vem para suprimir a autonomia privada, mas sim, para dar conformidade desta, com o interesse coletivo, ou seja, “a função social não é excludente da função individual do contrato. A função social não exclui, mas conforma a função individual.”<sup>76</sup>, e, como explica Gladston Mamede, “é preciso considerar o interesse público (o interesse do todo sobre a unidade ou unidades), mas simultaneamente é preciso preservar o interesse privado (da unidade sobre o todo)”.<sup>77</sup>

Desse modo, haverá o necessário equilíbrio entre a atuação das partes, na relação contratual, e como bem afirma Plínio Melgaré, que

Com o equilíbrio contratual quer-se a realização dos interesses legítimos das partes, evitando-se que o contrato sirva como um instrumento de vantagens excessivas, desmesuradas de um dos sujeitos, prejudicando o outro contratante. Sem olvidar a dimensão econômica do contrato, almeja-se uma proporção na distribuição dos direitos e obrigações assumidas pelos contraentes.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, volume 5: teoria geral dos contratos/ Gladston Mamede. – São Paulo: Atlas, 2010, p.26.

<sup>75</sup> Ibidem p.26.

<sup>76</sup> LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos / Paulo Lôbo. - . São Paulo. Saraiva, 2011, p. 69.

<sup>77</sup> Ibidem p. 26.

<sup>78</sup> MELGARÉ, Plínio. A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual. O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro

Arremata Plínio Mélgaré, que “não se pensa em uma equivalência plena, absoluta, senão que a construção de uma relação contratual justa, isto é, a partir de prestações e contraprestações dentro de um padrão de paridade, [...]”<sup>79</sup>, afastando excessivas desigualdades entre as prestações assumidas pelas partes envolvidas no negócio levado a efeito.

Assim, se estabelece a seguinte premissa, o contrato hoje respira os ares do Estado Social e preocupa-se com efeitos que desbordam das partes contratantes e ainda analisa materialmente se necessário for, o equilíbrio contratual.

Ao tratar do alcance da função social do contrato, Lígia Neves Silva analisa, que “a função social do contrato ultrapassa os contornos dos interesses individuais, pois busca o equilíbrio econômico entre os particulares e a coletividade.”<sup>80</sup>

Em verdade, a função social do contrato, é um limitador da conduta dos contratantes, servindo assim, como instrumento de equilíbrio entre as partes na relação contratual, evitando, que uma parte leve vantagem e a outra saia prejudicada.

Assim, a função social do contrato, deverá estar presente em todas as fases do contrato e, preponderando sobre qualquer circunstância contratual avençada entre as partes contratantes, surgindo, como elemento essencial da relação contratual, devendo prevalecer o interesse coletivo sobre o individual.

## 2.2. DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé, está ligada a conduta de ética e moral que envolve as pessoas, em qualquer tipo de relação, a qual terá grande importância para a validade das atividades negociais. A boa-fé, tem sido estudada sob dois sentidos, (subjetivo e objetivo), onde no primeiro, “a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com a certeza da

---

Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador); Adalberto Pasqualotto ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

<sup>79</sup> MELGARÉ, Plínio. A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual. O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador); Adalberto Pasqualotto ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

<sup>80</sup> SILVA, Lígia Neves. O princípio da função social do contrato. Conteúdo e alcance. Análise econômica. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Acesso em set 2021.

existência do próprio direito, donde a convicção da licitude do ato, ou da situação jurídica.”<sup>81</sup>

Elpídio Donizetti e Felipe Quintela, asseveram que “a dita boa-fé subjetiva, refere-se à esfera interna da pessoa. Opera e, seu plano de consciência, e por isso se relaciona com a moral.”<sup>82</sup>

Para Silvio de Salvo Venosa, “a boa-fé subjetiva, [...] é aquela intimamente refletida e pensada pelo declarante no negócio jurídico, e que também deve ser investigada pelo hermeneuta no caso concreto.”<sup>83</sup>

Desse modo, seguindo esse preceito, estará sempre agindo de boa-fé, o indivíduo que não possui plena ciência da real situação jurídica, estando com a consciência tranquila, de que está praticando a atitude correta em seu proceder.

Tratando da boa-fé, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, afirmam que:

Em verdade, quando se fala em *boa-fé*, pensamos, de imediato, em um estado subjetivo, psicológico, fundado em um erro de fato. Trata-se da *boa-fé subjetiva* admitida pelo código de 1916. No que se refere à posse, por exemplo, o *possuidor de boa-fé de um imóvel, não sabendo que o terreno pertence a terceiro, tem direito a ser indenizado pelas benfeitorias que realizou, (art, 516 do CC-16)*. Da mesma forma, a lei protege o *pagamento feito pelo devedor de boa-fé a credor aparente (putativo) desde que o erro seja escusável (art. 935 do CC-16)*<sup>84</sup>

Apresenta-se aí, a boa-fé subjetiva que encontramos no código civil de 1916, inexistindo até então, a figura da boa-fé objetiva, que foi apresentada com a elaboração da legislação Civil de 2002.

Introduzido pelo Código civil brasileiro de 2002, o artigo 113, prescreve que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” Temos aqui, o segundo sentido da boa-fé, qual seja, o objetivo.

---

<sup>81</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de janeiro: Renovar, 2003, p.425

<sup>82</sup> DONIZETE, Elpídio. Curso didático de direito civil/Elpídio Donizetti; Felipe Quintella. –São Paulo: Atlas, 2012, p. 451.

<sup>83</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010, p. 125.

<sup>84</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. 1: parte geral, 14. ed. Ver. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381

Importa ressaltar, que a boa-fé está ligada às cláusulas gerais que estão implícitas nas relações contratuais, levando em conta, a intenção e o comportamento apresentado pelos contratantes, onde deve imperar a probidade, a lisura, a lealdade.

Sobre as normas relativas à boa-fé no Código Civil Brasileiro, Judith Martins Costa, escreve que:

Não ai se esgotam, contudo, as referências do nosso código à boa-fé como norma impositiva de conduta leal, geradora de um *dever geral de correção* que domina o trafego negocial, pois, desde logo, a boa-fé vem posta como cláusula geral dos contratos (at. 422), seja na fase de sua conclusão (abrangendo, por óbvio, a fase das tratativas, se consideradas, como deve ser, a noção da obrigação como um processo), seja na execução, isto é, no seu desenvolvimento, alcançando o adimplemento, que é a finalidade e projetando eficácia inclusive na relação com terceiros, isto é, denotando eficácia transindividual.<sup>85</sup>

Relevante dizer, que não havia nenhuma indicação da adoção do princípio da boa-fé objetiva, nas legislações brasileiras anteriores ao Código Civil de 2002, constituindo, portanto, em importante inovação em nosso direito.

A inserção do artigo 113 no ordenamento Civil Brasileiro, se deu da observação do código civil alemão, em seu parágrafo 157, também no código civil francês, que prevê a boa-fé, no artigo 1.135, na legislação italiana, artigo 1.366 e, por fim, na ordenação civil portuguesa, em específico no artigo 239, sendo essas codificações, que serviram de inspiração para que o código civil brasileiro, adotasse o princípio em análise.<sup>86</sup>

Francisco Amaral, ao tratar da boa-fé objetiva, acentua que:

A boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a *imposição de consideração, pelos interesses legítimos da contraparte*, o que é próprio de um comportamento leal, probo, honesto, que traduz, um dever de lisura, correção e lealdade, a que o direito italiano chama de *correttezza*.<sup>87</sup>

Quando se observa a boa-fé objetiva, significa dizer que a parte contratante, se importa com o bem-estar da outra parte do negócio, contribuindo com o seu agir

---

<sup>85</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale /Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2003, p.353-354.

<sup>86</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de janeiro: Renovar, 2003, p.424

<sup>87</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de janeiro: Renovar, 2003, p.425

honesto e leal, para que a parte obrigada, possa adimplir determinada obrigação contraída.

Judith Martins-Costa, esclarece, que a boa-fé objetiva, também conhecida como boa-fé obrigacional, comporta tanto as obrigações negociais, quanto as extras negociais, e isso, devido ao que está determinado no nosso direito civil, em específico, nos artigos 113, 187 e 422. Citando Massimo Bianca, assevera em referida obra, que a “boa-fé indica um “*modelo de comportamento*”, um *standard* valorativo de concretos comportamentos humanos.<sup>88</sup>

Continua, a autora, dizendo que:

Esse *standard* considera modelar justamente um agir pautado por certos valores socialmente significativos, tais como a solidariedade, a lealdade, a probidade, a cooperação e a consideração aos legítimos interesses alheios, incluindo condutas omissivas sempre que o não fazer, ou a abstenção, for o meio indicado para concretizar tais valores sociais que, mediante o princípio da boa-fé, adquirem *entidade jurídica*.<sup>89</sup>

Agir com boa-fé e honestidade, é um dever das partes, quando de uma realização negocial contratual, é o agir de forma correta, ética, não só antes da realização do negócio, assim como durante e depois de sua concretização, e como adverte Silvio de Salvo Venosa, “isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.”<sup>90</sup>

Esse agir de forma ética e correta, importa sobretudo, em ser honesto em suas atitudes perante o contratante e terceiros interessados de qualquer modo no negócio, cuidando, para que desde a fase pré-negocial até a fase pós conclusão do negócio, prevaleça o sentido de lealdade e cooperação que deve existir entre as partes contratantes.

A exigência de ser leal e honesto nas negociações, é para que não se vicie a vontade de qualquer das partes, propiciando, que se evidencie um consentimento válido e eficaz dos contratantes, os quais, normalmente, quando agem de boa-fé, possuem “a firme expectativa de que a outra parte, não apenas durante a conclusão

---

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In : Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p.233

<sup>89</sup> Ibidem, p.242-243.

<sup>90</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010, p. 429

do negócio, mas também durante toda a sua execução, atuará segundo o que se espera de um homem diligente e probo.”<sup>91</sup>

E não é só, conforme ainda esclarecem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pontuam ainda referidos autores, que:

É preciso que, além de um *estado de animo positivo*, as partes, se comportem segundo um *padrão ético objetivo de confiança recíproca*, atuando segundo o que se espera de cada um, em respeito a deveres implícitos a todo negócio jurídico bilateral: *confidencialidade, respeito, lealdade recíproca, assistência etc.*<sup>92</sup>

Judith Martins-Costa, acentua ainda, que a boa-fé se traduz em um modelo de comportamento, que se molda conforme as circunstâncias concretas, dando “o *critério para a valorização judicial do comportamento, não solução prévia.*”<sup>93</sup>

Continua a autora, apontando que a boa-fé como critério valorativo, possui como principais funções a otimização dos comportamentos das partes; a correção e reequilíbrio o conteúdo do negócio jurídico; possibilitar, qualificar e mensurar o adimplemento satisfatório; suprir eventuais lacunas, atuando como cânone de integração contrato; servir como critério de concretização dos deveres de diligência, na responsabilidade negocial; limitar o exercício de direitos subjetivos, direitos potestativos (formativos) e posições jurídicas e, atuar com o critério de mensuração a avaliação da ilicitude de meios, na forma do art. 187 do Código Civil.<sup>94</sup>

Observando a nossa legislação, podemos verificar que as funções da boa-fé ali constantes, são as seguintes: interpretativa ou hermenêutica; função limitadora e a função integrativa.

O código Civil brasileiro, ao dispor no seu art. 113 que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar, de celebração, refere-se à boa-fé no sentido objetivo, como regra de comportamento. Ora na boa-fé objetiva reconhecem três funções, a interpretativa, no sentido de ser um critério para se estabelecer o sentido e alcance da norma, a integrativa, no sentido de que se constitui em princípio normativo a que se recorre pra preencher eventuais lacunas, e ainda, uma função limitadora de direitos subjetivos, principalmente no campo da autonomia privada.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. 1: parte geral, 14. ed. Ver. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 382

<sup>92</sup> Ibidem, p. 382

<sup>93</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p.242

<sup>94</sup> Ibidem, p.242-243

<sup>95</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de

Está prevista no artigo 113 do CC/2002, (Código Civil) o qual estabelece, que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

O que se percebe aqui, é a orientação de que o encarregado de interpretar a lei, o faça, levando em conta a procura da vontade manifestada pelas partes, pautando sempre, pela observância do princípio da boa-fé.

No Recurso Especial nº1.636.692-RJ, Paulo de Tarso Sanseverino, ao analisar o dispositivo em discussão, discorre que, “A boa-fé, na sua função interpretativa, auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais, servindo de instrumento para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto (art. 113, CC).”<sup>96</sup>

No que diz respeito á expressão “usos do lugar”, prevista na parte final do artigo 113 do Código Civil brasileiro, Paulo Nader assim se manifesta:

Há práticas também peculiares a determinada região, daí por que o art. 113 do Código Civil impõe ao intérprete a observância dos usos do lugar de celebração dos negócios jurídicos, além dos princípios de boa-fé. Se de um lado as expressões regionais refletem a vontade real dos declarantes, de outro exigem o seu conhecimento pelo intérprete, que nem sempre se acha familiarizado com elas e práticas do lugar, circunstância que lhe impõe a iniciação nos assuntos tratados ou apelo ao elemento probatório. A expressão usos do lugar, empregada pelo legislador, alcança o valor semântico das palavras, os negócios praticados e o senso moral.<sup>97</sup>

Na verdade, o artigo 113 do CC-2002, direciona o julgador a se basear nas regras da ética e da moral, privilegiando a parte que evidencie estar se pautando pela honestidade e boa-fé na relação negocial.

Já a função integrativa vem expressa no artigo 422 do CC/2002, onde estabelece que, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” e, de acordo

---

janeiro: Renovar, 2003, p.426

<sup>96</sup> BRASIL. STJ – Recurso Especial nº1.636.692 – RJ (2014/0316494-4), Órgão Julgador, T3 - Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de tarso Sanseverino, Data de julgamento: 12/12/2017, Data de Publicação: 18/12/2017. Acesso em 12 abril de 2020.

<sup>97</sup> NADER, Paulo. Curso de direito civil. v. 3: Contratos – 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 116

Francisco Amaral, a “Integração do negócio jurídico é o processo pela qual se preenchem as lacunas eventualmente nele existentes, entendendo-se como lacuna a ausência de norma aplicável à hipótese de fato concreto.”<sup>98</sup>

Ao tratar da função integrativa da boa-fé, Francisco Amaral, continua afirmando que:

A integração decorre do fato de as partes não terem previsto todos os efeitos de sua declaração, como ocorre por exemplo, na hipótese de, ao convencionarem uma compra e venda, acordando sobre o objeto e o preço, não determinarem o local da entrega da coisa, ou ainda, no caso de nada estabelecerem para a hipótese de vícios redibitórios. Nestes casos, preenchem-se tais lacunas com normas de lei ou dos usos e costumes.<sup>99</sup>

Por sua vez, Gisele Leite, ao tratar da integratividade de função da boa-fé, deixa explícito seu entendimento, revelando que,

Dentro da função integrativa da boa-fé objetiva alguns conceitos são relevantes é o caso da *suppressio* (*Verwirkung*) significa supressão, por renúncia tácita, de um direito, pelo seu não-exercício com o tempo. O seu sentido pode ser notado pela leitura do art. 330 do CC que adota a tese que o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir a tácita renúncia do credor relativamente ao que foi previsto no contrato. Desse modo, no mesmo momento em que o credor perde um direito, por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*erwirkung*), direito que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes.<sup>100</sup>

Em relatoria no Recurso Especial nº1.636.692 – RJ (2014/0316494-4), o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, explica, que

A função integrativa da boa-fé permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que nascem diretamente da vontade das partes (art. 422, CC). Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (v.g. dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (v.g. deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado).<sup>101</sup>

<sup>98</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 427

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 427.

<sup>100</sup> LEITE, Gisele, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/roteiro-do-principio-da-boa-fe-objetiva/>, 2010. Acesso em 19 de agosto 2020.

<sup>101</sup> BRASIL. STJ – Recurso Especial nº1.636.692 – RJ (2014/0316494-4), Órgão Julgador, T3 - Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de tarso Sanseverino, Data de julgamento: 12/12/2017, Data de Publicação: 18/12/2017. Acesso em 12 abril de 2020.

Assim, pela função integrativa, deve-se considerar, que quando o contrato se apresentar omissivo, a declaração negocial deverá ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

Já no que toca a função limitadora conforme descreve o artigo 187 do CC/2002, é aquela que procura reduzir os direitos individuais dos contratantes, obrigando o agente a agir de conformidade com a função econômica e social, orientando-se ainda pelos bons costumes, evitando assim, a ocorrência do abuso de direitos, que possam acarretar danos ilegais aos participantes do liame negocial contratual.

Segundo o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “Na sua função de controle, limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica (art. 187, CC).”<sup>102</sup>

Nessa função, o proprietário de direito subjetivo, fica impedido de agir de forma arbitrária e desproporcionada, como se fosse o senhor absoluto da razão, deixando claro, que todos os participantes de uma relação contratual, devem agir com cautela e urbanidade, de modo a evidenciar no seu proceder, a boa-fé que deve imperar em todos os momentos da vida em sociedade.

Um ato que de origem pode ser lícito, se praticado de forma a prejudicar, mesmo que de forma involuntária a terceiros, se tornará abusivo e ilícito. Citamos como exemplo, o indivíduo que possuidor de um imóvel rural, procurando escoar a água da chuva de seu imóvel, cava uma trincheira dentro dele, direcionando a água que ali caia, para a estrada rural, de modo a danificá-la, causando incomodo aos demais vizinhos, que por ali precisam transitar, mas que são dificultados devido aos buracos ocasionados pela água que foi direcionada pelo proprietário do imóvel em questão.

No exemplo acima, existe um evidente abuso no direito de propriedade, e o ato que a princípio era lícito, (cavar a trincheira em seu imóvel), se tornou ilícito, quando excedeu os limites de sua propriedade, e esse seu ato, passou a prejudicar direitos alheios.

---

<sup>102</sup> BRASIL. STJ – Recurso Especial nº1.636.692 – RJ (2014/0316494-4), Órgão Julgador, T3 - Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de tarso Sanseverino, Data de julgamento: 12/12/2017, Data de Publicação: 18/12/2017. Acesso em 12 abril de 2020.

Inácio de Carvalho Neto e Érica Harumi Fugie, citados por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, realçam que:

com a inclusão da coibição do abuso de direito na categoria dos atos ilícitos, aquele que, ao exercer direito seu, excede os limites aceitáveis, avaliados segundo o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes, ocasionando prejuízo a outrem, comete ato ilícito e deve reparar.<sup>103</sup>

Quando se trata da função de limitação do princípio da boa-fé, necessário que se analise algumas situações que são contempladas no campo de exercícios de direitos subjetivos dos contratantes.

### 2.2.1 Dos Desdobramentos da Função Limitadora da Boa-Fé Objetiva

Os vários desdobramentos da função limitadora da boa-fé objetiva, existem para assegurar a boa relação que deve existir entre os contratantes e, para impedir que uma das partes deliberadamente, cause prejuízo a outra parte contratante. A título de exemplo, podemos citar, a *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* e *duty to mitigate the loss*, que demonstram, que a conduta desleal de qualquer dos contratantes, pode ser penalizada.

A *venire contra factum proprium*, terá efeito, sempre que qualquer das partes, assumir um comportamento contrário ao que havia demonstrado anteriormente. Pressupõe, que as partes devem guardar coerência em suas ações, não se admitindo que se realizem modificações de regras contratuais, que venha a ser prejudicial a outra parte contratante.

Nessa situação o indivíduo que apresenta dois comportamentos diferentes sobre o mesmo exercício de um direito, onde o segundo, contraria o primeiro, incorrerá em *venire contra factum proprium*, uma vez, que é presumível, que a pessoa que adota um comportamento em uma relação negocial, continue a praticar o mesmo comportamento, até fase pós contratual, já que foi criada uma expectativa na outra parte, de que assim seria a sua conduta.

---

<sup>103</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p, 586

A concretização dessas condutas contraditórias, gera instabilidade na relação contratual, afetando sobretudo, a confiança que deve existir entre os contratantes, e devido a isso, a proibição da *venire contra factum proprium*, evitando assim, a existência de comportamentos e atitudes contraditórias.

Para Diego Ferreira Mendes, ao tratar do tema, afirma que,

A tutela da confiança é um dos fundamentos da boa-fé objetiva, pois esta visa tutelar a legítima e razoável confiança que o comportamento de um dos contratantes gerou no outro, como se extrai em vários de seus desdobramentos, como o *nemo potest venire contra factum proprium*, o tu quoque, a supressio e a surrectio, a ponto de haver definição consistente de que a boa-fé é “uma confiança adjetivada ou qualificada como ‘boa’, isto é, como justa, correta ou virtuosa.<sup>104</sup>

Presume-se, que o *venire contra factum proprium*, necessita que a conduta de uma pessoa, incuta na outra, a expectativa segura, que em decorrência de seus atos anteriores, continuará a agir da mesma forma, não havendo mudanças bruscas e inesperadas quanto ao seu modo de agir, que venha a causar abalo na confiança depositada pela outra parte.

Continua Diego Ferreira Mendes, afirmando, que:

A vedação ao comportamento contraditório acaba encontrando fundamento no solidarismo social, que exige não só contratações éticas, mas também o comportamento ético dos indivíduos durante a relação contratual, assim como nas fases pré e pós-contratual.<sup>105</sup>

Importa dizer, que a conduta das partes contratantes, além daquelas expressamente previstas no instrumento contratual, devem também se revestir de condutas outras, não expressas, mas de suma importância para o bom desenvolvimento do que foi pactuado, onde o respeito, a lealdade, a honestidade devem estar presentes em todas as fases contratuais, desde as tratativas iniciais, até a fase posterior ao total cumprimento das tratativas contratuais.

Conforme bem escreve Silvio de Salvo Venosa, “a proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) é

<sup>104</sup> MENDES, Diego Ferreira. A vedação ao comportamento contraditório. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc05.pdf?d=636808303311010431>. Acesso em: 21 ago. 2020.

<sup>105</sup> Ibidem, Acesso em: 21 ago. 2020.

modalidade de abuso de direito que surge da violação da confiança – decorrente da função da boa-fé objetiva (CC, art. 422).”<sup>106</sup>

Assim, como acentua Carla Richelly de Oliveira Calabria Calabria, em “A relação entre o abuso de direito e a função limitativa da boa-fé objetiva nas relações contratuais”,

o abuso de direito está presente neste instituto quando o sujeito devido a um comportamento inicial, seja omissivo ou comissivo, gere a outra parte uma expectativa, e adiante quebre a confiança ao seguir comportamento contraditório do anteriormente adotado e assim cause danos, ainda que potencial, a outra parte. A confiança, por sua vez, transcorre da cláusula geral de boa-fé objetiva.<sup>107</sup>

Desse modo, a boa-fé objetiva, age proibindo a realização de conduta que não é admissível juridicamente, e que possa vir a prejudicar qualquer das partes, devido a violação da confiança depositada na conduta que a parte infratora, demonstra até ali.

Adelmiro Rezende Dantas Junior, ao conceituar a *venire contra factum proprium*, o faz dizendo, que é:

[...] uma sequência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo, e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida em certas condições, enquanto o segundo vem a frustrar a legítima e razoável expectativa que havia sido criada no outro sujeito, sem que exista justificativa fática ou amparo legal que possa justificar a contradição entre os comportamentos e a consequente frustração da expectativa, sendo em tal caso irrelevante averiguar se houve dolo ou culpa do que agiu de modo contraditório.<sup>108</sup>

Com os entendimentos até aqui expostos, e com as definições apontadas, importante ressaltar a existência de alguns requisitos para a aplicação da *venire contra factum proprium*, requisitos necessários, para que se possa impor condições legais para tal, evitando assim, a banalização do instituto.

<sup>106</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010, p. 422.

<sup>107</sup> CALABRIA, Carla Richelly de Oliveira Calabria. A relação entre o abuso do direito e a função limitativa da boa-fé objetiva nas relações contratuais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5733, 13 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71147>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>108</sup> DANTAS JUNIOR, Adelmiro Rezende. Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé. Curitiba: Juruá, 2008. p. 367-368.

Conforme expõe Judith Martins-Costa, para aplicação do instituto, necessário se faz a análise dos seguintes requisitos: a) duas condutas de uma mesma pessoa, a primeira (*factum proprium*) contrariando a segunda; b) identidade de partes; c) a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica, ou entre situações jurídicas estreitamente coligadas; d) a primeira conduta (*factum proprium*) deve ter um significado social minimamente unívoco; e) que o *factum proprium* seja apto a gerar a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta (segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio, os costumes, a boa-fé); f) o caráter “vinculante” do *factum proprium*.<sup>109</sup>

No que se refere as “duas condutas contraditórias de uma mesma pessoa”, há que se ficar claro, que a segunda conduta da pessoa, deverá ser contraditória a primeira, devendo o comportamento ser considerado válido e relevante juridicamente, não um simples descumprimento contratual, podendo consistir-se, em uma ação ou omissão, onde essa segunda ação se contradiz, quebrando a confiança demonstrada na primeira ação.

No que diz respeito ao segundo requisito apontado, “a identidade das partes”, é necessário que o mesmo indivíduo, pratique as condutas que se contradizem entre si, apresentando assim, condutas incoerentes sobre o mesmo fato, ao passo, que a pessoa prejudicada na confiança depositada, também seja a mesma a qual, confiando no comportamento exteriorizado pelo outro anteriormente, não esperava repentina mudança de comportamento levada a efeito pela pessoa a qual ela depositou sua credibilidade.

O terceiro requisito, diz respeito, “a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica, ou entre situações jurídicas estreitamente coligadas”, onde um indivíduo cria no outro, a crença de que irá continuar agindo da forma demonstrada e aceita anteriormente, mantendo um coerente comportamento, durante todas as fazes contratuais.

Em continuidade, o quarto requisito nos informa, que “a primeira conduta deve ter um significado socialmente minimamente unívoco”, ou seja, essa primeira conduta, precisa se revestir de aceitabilidade social, sendo que a conduta posterior, contraria

---

<sup>109</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*.” Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 376, nov./dez. 2004. p. 121.

aquilo que a sociedade em sua generalidade, tem como comportamento normal e aceito.

O quinto requisito que ora se comenta, é “que o *factum proprium* seja apto a gerar a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta”, e a esse respeito, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro e, Manuel Carneiro da Frada, realçam que “no plano dogmático, o *venire* aparece hoje ligado à doutrina (da proteção) da confiança: um comportamento não pode ser contraditado quando tenha suscitado a confiança dos sujeitos envolvidos.”<sup>110</sup>

Em verdade, deixam claro, que a partir do momento, que um comportamento anterior de uma pessoa, incute na outra, a confiança de que aquela será sua conduta diante de determinado ato ou fato, esse modo de proceder anteriormente adotado, não poderá ser modificado, uma vez, que irá causar abalo na confiança que já estava estabelecida, de qual seria o procedimento em relação à situação envolvida.

Essa mudança repentina e desautorizada de atitude, é que contraria a boa-fé que deve existir entre as pessoas que se relacionam entre si, sendo, portanto, também fonte autorizadora da aplicação do instituto da *venire*.

Por fim, temos o sexto requisito que se aponta, qual seja, “o caráter vinculante” do *factum proprium*”, ou seja, que a conduta de uma pessoa, estabeleça real confiança junto a outra, onde um indivíduo, passa a acreditar piamente, que o outro manterá a conduta anteriormente demonstrada, e não irá se contradizer em seus próprios atos. Aqui, não se trata de uma expectativa de que o outro haja de forma coerente, mas sim, é a certeza que lhe foi incutida, de que isso ocorrerá, de forma, que para uma pessoa, a outra continuará se pautando pela coerência da conduta que originariamente, vinha sendo adotada.

Pode-se concluir, que a principal finalidade do *venire contra factum proprium*, é a proteção da confiança, evitando que a conduta contraditória, venha a causar prejuízo à pessoa afetada pelo ato contraditório praticado, ressaltando, como estabelecem, João Baptista Machado e Antônio Castanheira Neves, que “o princípio da confiança é necessário para assegurar a própria segurança do convívio social.”

---

<sup>110</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e DA FRADA, Manuel Carneiro. Da inadmissibilidade da recusa de *rectificação* por *venire contra factum proprium*. Separata da Revista “O Direito”. Ano 126º, III- IV, 1994. p. 753-755

Arrematando, que, “o pensamento da confiança aparece frequentemente associado à necessidade de segurança jurídica”.<sup>111</sup>

No que se refere a *suppressio* e a *surrectio*, são situações em que devido a atuação de uma das partes, faz nascer na outra, a expectativa de que seu comportamento é correto e aceito por ela.

Na *suppressio*, ocorre a supressão de um direito antes garantido, onde através da aceitação tácita de uma condição não estabelecida em contrato, a parte credora reiteradamente e por grande lapso temporal, permite que a título de exemplo, a devedora cumpra a obrigação mensal, um lugar distinto do pactuado em contrato, gerando na mesma, (devedora), a expectativa de estar agindo da forma adequada.

Desse modo, o credor não poderá alegar a irregularidade no cumprimento da obrigação, sob a ótica de que o devedor esta cumprindo em local distinto do pactuado em contrato, pois, sua inércia, legalizou a atitude do devedor, sendo que qualquer insurgência do credor nesse momento, irá configurar abuso de direito, pois sua conduta inerte, e a continuidade do devedor em pagar em local distinto e sempre aceito, gerou no mesmo (devedor), a expectativa de que sua atuação foi sempre a correta.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a *suppressio* ou *Verwirkung*, “ocorre quando há uma demora desleal no exercício de um direito.”<sup>112</sup> Isto é, “quando o titular de um direito deixa de exercê-lo, durante certo lapso de tempo, criando para a outra parte uma confiança razoável de que aquele direito não seria mais exercido.”<sup>113</sup>

Argumentam eles, que a *suppressio* e a *surrectio*, “são dois lados da mesma moeda: naquela, ocorre a liberação do beneficiário; nesta, a aquisição de um direito subjetivo em razão de um comportamento continuado. Em ambas preside a confiança, seja pela fé no não exercício superveniente do direito da contraparte, seja pelo credo na excelência do seu próprio direito.”<sup>114</sup>.

Em verdade, o que ocorre com a *suppressio*, é a perda do direito do credor de pleitear o cumprimento do contrato, como estava antes estabelecido, e com isso,

---

<sup>111</sup> MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. Coimbra, In: Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985, p. 294.

<sup>112</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p, 597

<sup>113</sup> Ibidem, p, 597

<sup>114</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p, 597

“nasceu” para devedor, a *surrectio*, ou seja, o ganho de um direito derivada da continuidade do exercício de uma situação jurídica, e da inercia do credor em repudiá-la.

O fato, é que o modo de agir de uma das partes, faz com que a outra acredite que seu modo de agir é correto, mesmo que tenha sido pactuado modo diverso em contrato, já que a reiterada aceitação daquela forma não convencionalizada, faz nascer a expectativa de direito ou faculdade não contratada.

Observando-se a doutrina de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, ele aponta em sua obra, que para a configuração da *surrectio*,

exige-se um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjugação objetiva de factores que concitem, em nome do direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*.<sup>115</sup>

Demonstra-se assim, por suas palavras, a necessidade de observância dos requisitos por ele apontado, como forma aceita para a configuração da *surrectio*.

Com efeito, podemos afirmar, que a *suppressio* e a *surrectio* decorrem do princípio da boa-fé objetiva, princípio este, que limita e cria direitos subjetivos, tendo por base, o comportamento que as partes assumem ao longo dos tempos, contrário ao que havia sido estipulado anteriormente, gerando assim, uma legítima expectativa que, devido ao princípio da mútua confiança que deve prevalecer entre as partes, adquire força de legalidade e obediência obrigatória.

O *tu quoque* é utilizado para demonstrar a existência de atitudes abusivas e contrárias á boa-fé.

Narra o historiador romano, Caio Suetônio Tranquilo (Gaius Suetonius Tranquillus), que no ano de 69 d.C, que a frase “Tu, também, meu filho!” palavra essa, representativa do *tu quoque*, adveio do Imperador Júlio Cesar, quando momento antes de sua morte, percebeu com surpresa, entre seus inimigos, Marco Júnior Bruto Brutus, pessoa a quem considerava como filho.

Caio Suetônio Tranquilo, narra que o Imperador Júlio Cesar,

Assim que se assentou, rodearam-no, logo, os conjurados, no aparente intuito de lhe mostrarem solicitude, quando Címber Túlio, a quem fora distribuído o

---

<sup>115</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Da Boa Fé no Direito Civil, Livraria Almedina: Coimbra, 1984, v. II, p. 821/822

primeiro papel, dele se aproximou como para lhe pedir qualquer coisa. À recusa de César, que, com um gesto, deu a entender que lhe falasse noutra oportunidade, ele o segurou pela toga, impetuosamente. César gritou: “Mas isto é uma violência!” Então, um dos Cássios fere-o pelas costas, um pouco abaixo do pescoço. César, por sua vez, tomando-lhe do braço, atravessou-o com um buril. Quis, ainda, arremeter: outro ferimento, porém, o deteve. Mas, ao ver levantados sobre ele punhais de todas as direções, enrolou a cabeça na toga. Ao mesmo tempo, com a mão esquerda abaixou-lhe as dobras até às pernas, a fim de que pudesse tombar mais decentemente, visto que a parte inferior estava toda desnuda. Aí, então, transpassaram-no com 23 punhaladas. Ao primeiro golpe, soltou apenas um gemido sem pronunciar palavra, embora relatem alguns que ele exclamara, arremessando-se contra Marco Bruto: “Tu, também, meu filho!” Ao vê-lo sem vida, todos fugiram.<sup>116</sup>

A expressão por ele usada, é representativa da surpresa, do inesperado proveniente de alguém a quem se confiava e jamais poderia esperar de uma pessoa a quem acreditava ser dotada de lealdade diante do tratamento também leal que a ela havia dispensado.

No mundo dos negócios contratuais, ocorre o *tu quoque*, quando uma parte não cumpre com sua obrigação contratual ou legal, e posteriormente, tem a intenção de se beneficiar dos próprios dispositivos aos quais ele violou.

Percebe-se, como realçam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que,

*Ocorre o tu quoque quando alguém que viola uma determinada norma e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação, com o fito de beneficiar. Nessa figura, portanto, encontra-se um acentuado aspecto de deslealdade, malícia, gerando a ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra, por conta dos critérios valorativos antes utilizados.*

<sup>117</sup>

A conduta até que poderia ser considerada normal e válida, no entanto, não o é, pelo fato da ilicitude praticada anteriormente, o que impede que essa segunda seja válida. Não fosse a ilicitude praticada na conduta inicial, a posterior estaria cheia de legitimidade.

De acordo com Flavio Tartuce, o *tu quoque*, “[...] evita que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, de defesa, a normas que ela própria violou. Trata-

<sup>116</sup> SUETÔNIO, Caio Suetônio Tranquilo (Gaius Suetonius Tranquillus) ou simplesmente Suetonio, ca. 69-ca. 122. As vidas dos doze Césares: Julio César, Augusto, Tibério, Calígula, Cláudio, Nero, Galba, Óton, Vitélio, Vespasiano, Tito, Domiciano / Suetônio. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012. 320 p.: il. – (Edições do Senado Federal; v. 171) p. 48.

<sup>117</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 600

se da regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo.”<sup>118</sup>

Afirma Ruy Rosado de Aguiar Junior, que o conceito jurídico do *tu quoque* expressa que “aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira”.<sup>119</sup>

Entende-se por aqui, que quem descumpre com uma obrigação, não pode sem que se caracterize um abuso, exigir que outrem cumpra uma obrigação decorrente da daquela a qual ele descumpriu, não podendo tirar proveito ou exercer direitos, da situação jurídica por ele violada.

O *duty to mitigate the loss*, é outra modalidade de abuso de direito, que ocorre quando o credor, tendo a possibilidade de minorar seu prejuízo, não o faz, e isso, agindo intencionalmente, para agravar a situação do devedor.

Esse comportamento abusivo e contrário à boa-fé, não encontra respaldo em lei, nada havendo de disposição no Código Civil vigente.

Não obstante a ausência de previsão legal, a aplicabilidade do instituto é perfeitamente possível, de acordo com o Enunciado nº 169 da III jornada de Direito Civil, “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”.

A importância da aplicação do instituto do *duty to mitigate the loss*, se dá, pelo fato de que em diversos momentos, sendo detentor de um direito, o credor se mantém em silêncio, quando da busca de receber o quanto antes o seu crédito, aguardando a decorrência do tempo, para aumentar seu prejuízo, e com isso, receber valor maior em decorrência da passagem do tempo.

Em nosso ordenamento jurídico, nossos tribunais têm efetivado a aplicação do instituto do *duty to mitigate the loss*.

No agravo de instrumento TJ-MG - AI: 10456130072923002 MG, julgado em 03/03/2020 e, publicado em 06/03/2020, foi discutido pelo referido tribunal o dever do credor de mitigar seus próprios danos, assim expondo:

---

<sup>118</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

<sup>119</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 249.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES. FIXAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO DA MULTA. NECESSIDADE. "DUTY TO MITIGATE THE LOSS". DEVER DE MITIGAR A PERDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A multa cominatória fixada para que se dê efetividade ao provimento jurisdicional não é afeta à preclusão, nem à coisa julgada, podendo ser reduzida ou majorada posteriormente pelo julgador. A fixação das astreintes deve ser realizada dentro dos parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade, e sua revogação se impõe quando necessário mitigar o prejuízo pelo descumprimento da decisão judicial, no denominado "duty to mitigate the loss", que consiste na obrigação do credor de buscar evitar o agravamento do devedor, restringindo o dano às menores proporções possíveis.<sup>120</sup>

Pelo que se nota, fica evidente a obrigatoriedade, de que o credor de determinada ação, busque agir judicialmente, para evitar uma perda maior e um agravamento da situação do devedor. É uma conduta que cabe ao credor, não possuindo o devedor, nenhum poder de exigir que o credor busque o recebimento de seu crédito.

Em outra situação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado recente, decidiu que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA EM AÇÃO PRETÉRITA. INÉRCIA DE AMBAS AS PARTES. ABUSO DE DIREITO DA AUTORA, QUE NÃO MITIGOU SUAS PRÓPRIAS PERDAS. APLICAÇÃO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. VALOR MANTIDO, SENDO DESCABIDA A PRETENDIDA MAJORAÇÃO. Hipótese em que o réu não excluiu o nome da autora dos órgãos de proteção, descumprindo decisão liminar proferida em ação judicial pretérita. Ilícitude reconhecida em sentença. Objeto recursal que diz tão somente com a majoração dos danos morais. Indenização mantida em R\$3.000,00 porque a demandante, ao não tomar providências para assegurar a efetivação da tutela específica, deixando o tempo passar para depois postular indenização de danos, comportou-se com abuso de direito. Trata-se de aplicar o preceito do duty to mitigate the loss, que decorre do princípio da boa-fé objetiva, e informa que o credor deve adotar as medidas necessárias para mitigar suas perdas. APELAÇÃO DESPROVIDA.<sup>121</sup>

Nesse caso acima exposto, o duty to mitigate the loss, foi aplicado, com a finalidade de coibir abuso de direito levado a efeito pela parte credora, que deliberadamente, tendo sua pretensão satisfeita pelo juízo de primeiro grau, deixou transcorrer tempo mais que necessário, para garantir a satisfação de seu crédito,

<sup>120</sup> BRASIL. (TJ-MG - AI: 10456130072923002 MG, Relator: Kildare Carvalho, Data de Julgamento: 03/03/2020, Data de Publicação: 06/03/2020).

<sup>121</sup> BRASIL. (TJ-RS - AC: 50092895020188210010 RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 27/09/2021, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 01/10/2021).

visando assim, o recebimento de valores a maior, em decorrência de juros e correções, que de regra, são previstas nas decisões judiciais.

Pelo que se nota, essas modalidades de práticas abusivas á boa-fé, afetam a confiança que deve existir entre as partes contratantes, e de consequência, contraria o princípio da honestidade que deve constar nas relações havidas entre as partes envolvidas, pois, são atitudes praticadas, de modo a prejudicar ou levar vantagem indevida sobre outrem, violando assim, o princípio da boa-fé objetiva.

### 2.2.2 Deveres Gerais de Conduta Presentes na Relação Obrigacional

Os deveres anexos acompanham o contrato desde a fase pré-negocial, passando pelo momento da sua conclusão e após sua finalização, observando-se que a relação jurídica obrigacional, não termina com o cumprimento da prestação, persistindo ainda, alguns deveres que devem ser observados pelas partes contratantes.

Nesse sentido, Clovis Couto e Silva, ressalta que “mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente”<sup>122</sup>.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, falando da boa-fé objetiva, nos relata, que em sendo conceituada como um padrão de comportamento leal e probo entre os contraentes, o que implica em conduta honesta, a boa-fé está ligada de forma direta aos deveres anexos ou laterais de conduta, sendo que a não observância desses deveres, irá gerar violação positiva do contrato, o que ocasionará, a quebra de um dos deveres anexos gera a violação positiva do contrato <sup>123</sup>

Flavio Tartuce, tratando dos deveres anexos, informa que:

São considerados deveres anexos, entre outros: os deveres de cuidado em relação à outra parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 20

<sup>123</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume 3: contratos e atos unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69

<sup>124</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 417.

De se considerar, que os deveres anexos, visam a satisfação e a restauração do equilíbrio das relações contratuais, tendo como objetivo, o adequado andamento da relação contratual.

Com propriedade, Clóvis do Couto e Silva, argumenta que “a medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico”<sup>125</sup>, salientando Gretchen Lückerth Novaes, ao tratar da boa-fé objetiva, que “os deveres acessórios que vinculam as partes dependem da análise do caso concreto, [...]. Visam, grosso modo, a evitar situações danosas para a outra parte.”<sup>126</sup>

O dever de informar, é de obrigação de ambas as partes, e se aplica em todas as fases do negócio, devendo a parte infratora ser responsabilizada pelo não cumprimento de tal preceito.

Segundo preceitua Claudia Lima Marques, o dever de informar “é verificado na fase pré-contratual, imputando-lhe tanto ao fornecedor de bens/serviços quanto ao consumidor. Esse dever de informar se desdobra, conforme a doutrina estrangeira, no dever de esclarecimento e de aconselhamento.”<sup>127</sup>

Por sua vez, Gladston Mamede pondera que,

Informar é oferecer elementos para dar forma adequada à sua compreensão e, assim, permitir que a contraparte dê expressão adequada à sua vontade, o que implica dar transparência, mormente em relação àqueles aspectos que, definitiva e inequivocadamente, poderiam justificar a recusa em contratar, bem como aqueles elementos que podem evitar danos, a exemplo de riscos, vícios de defeitos possíveis etc.<sup>128</sup>

No que se refere ao dever de esclarecimento, pontua Claudia Lima Marques, que “se refere sobre as informações do produto ou serviço, quanto a sua segurança, riscos, qualidade, forma de utilização, entre outros.”<sup>129</sup> Consiste assim, no esclarecimento sobre todos os aspectos de determinada negociação, para que a parte se sinta segura na realização do negócio.

<sup>125</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 41

<sup>126</sup> NOVAES, Gretchen Lückerth. Boa-fé objetiva: deveres acessórios e a pós-eficácia das obrigações. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2569, 14 jul. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/16989>. Acesso em: 4 fev. 2021.

<sup>127</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83-87

<sup>128</sup> MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, volume 5: teoria geral dos contratos/ Gladston Mamede. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 76.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 83-87

Ao tratar do dever de aconselhamento, a citada autora, nos diz que “é um dever mais forte e só existe nas relações entre um profissional especialista e um não especialista”<sup>130</sup>, apontado como exemplo, o médico em relação ao seu paciente, quando aconselha em relação a determinado tratamento, e podemos citar ainda, o advogado que deve aconselhar o cliente sobre os riscos e consequências de se ingressar ou não com determinada ação ou realizar determinado procedimento judicial.

Enfim, cabe as partes contratantes, revelar todas as condições no negócio, demonstrando a existência de alguma causa que possa influenciar na decisão do outro contratante, em realizar ou não o negócio, deixando a mostra toda a transparência que se deve envolver em uma relação jurídica, propiciando que os contratantes, tenham a ampla possibilidade de conscientemente, consentir com a realização do negócio.

Através de informações corretas sobre determinado fato ou ato, a parte poderá se sentir segura para decidir se realiza ou não determinado negócio, podendo assim, bem exercer seu direito de contratar ou não.

Por essas palavras, fica evidente o caráter de honestidade que deve existir entre as partes contratantes, pois, a título de exemplo, o indivíduo que omite determinado vício no produto para realizar a venda do mesmo, está incorrendo não só na falta de informação, mas também, estará sendo desleal, anti-transparente e desonesto em suas relações negociais privadas.

A prática da conduta leal e proba, se verifica quando um contratante, não age de forma a prejudicar e inviabilizar que o outro cumpra com as obrigações contratadas, e essa conduta deve estar presente, mesmo após o fim do vínculo contratual que uniu os contratantes.

Segundo preceitua Karina Nunes Fritz, cada contratante, “[...] precisa ter lealdade para com os interesses do parceiro, respeitando-os dentro de um critério de razoabilidade, ainda quando isso signifique alterar o acordado para que o cumprimento da obrigação proporcione a satisfação dos interesses de ambas as partes.”<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83-87

<sup>131</sup> FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.207-208

O princípio da boa-fé, deve induzir às partes, o dever de serem leais e verdadeiras nas relações negociais, deixando de lado o individualismo e o anseio de levar vantagem em tudo, privilegiando a ética e a moral que deve estar presente em todos os atos de nossa vida.

Agir com lealdade e probidade, pressupõe respeito e honestidade com à parte adversa, desde o início até mesmo após a conclusão do negócio realizado.

Para que exista um bom negócio, é indispensável que cooperação e o respeito esteja presente entre as partes envolvidas, colaborem para que isso ocorra, e essa colaboração ficara evidenciada, quando unidas, busquem que determinado contrato possa ter o fim almejado quando de sua elaboração.

Judith Martins-Costa, relata,

“que a colaboração *possibilita* o adimplemento, porque para que este seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem ambas em vista do *interesse legitimo* do *alter*. As partes de uma relação obrigacional não são entidades isoladas nem podem ser atomisticamente consideradas.”<sup>132</sup>

Afirma ainda Judith Martins-Costa, que a colaboração intersubjetiva constitui uma necessidade para que ocorra o adimplemento, afirmando, que a colaboração mensura e qualifica o adimplemento, recorrendo às palavras de Meneses Cordeiro, quando ele afirma que, “se o Direito das Obrigações implica colaboração intersubjetiva, implica, dada a sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, um certo tipo de colaboração: uma colaboração informada pelos valores próprios da ordem jurídico-econômica considerada.”<sup>133</sup>

Pelo dever de cooperação, as partes devem juntas envidar esforços, para que o fim almejado no contrato seja alcançado, é preciso que exista um justo equilíbrio no negócio, pois caso contrário, sem essa cooperação mútua, poderá fazer com que exista o desequilíbrio contratual e de consequência, o não cumprimento do contrato.

---

<sup>132</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale /Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2003, p. 350.

<sup>133</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale /Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2003, p. 350.

Como leciona Pablo Stolze Gagliano, o dever de cooperação "se liga, pela negativa, conseqüentemente, o de não dificultar pagamento, por parte do devedor, ou o recebimento do crédito, pelo sujeito ativo da relação obrigacional"<sup>134</sup>.

Emilio Betti, ao tratar do tem em apreço, assim revela seu pensamento:

Se procuramos aprofundar essas exigências da convivência, verificamos que se apresentam sob um duplo aspecto, que devemos tanto quanto possível distinguir: a) sob um aspecto meramente negativo, que se revela na máxima romana de *alterum non laedere* (D. 1, 1, 10, 1) e leva a exigir um comportamento de respeito, de conservação da esfera de interesses alheia; b) sob um aspecto positivo, que impõe não apenas um comportamento negativo de respeito, mas uma operosa colaboração com outros consociados, direcionada a promover o interesse deles. Ora, essa diversa orientação das duas diferentes exigências, de respeito recíproco e cooperação ativa entre os participantes de uma mesma comunhão, pode observar-se também no âmbito das próprias relações obrigacionais. Porque essas relações não somente levam a exigir daqueles que delas participam uma conduta de cooperação, segundo as diretrizes em que essa conduta é devida para a satisfação do interesse alheio; levam, além disso essas relações, também a pôr em jogo um interesse da contraparte, um interesse que podemos designar como interesse da integridade da própria esfera jurídica [...].<sup>135</sup>

Assim, de acordo com o preceituado acima por Emílio Betti, o credor tem a obrigação de colaborar para que o devedor possa adimplir sua prestação obrigacional, esse dever, deriva da boa-fé que deve existir entre as partes.

Também, o respeito mútuo deverá estar presente em todos os momentos, a solidariedade tem que ter lugar entre os contratantes, a fim de que determinado contrato seja cumprido na íntegra, ou seja, credor e devedor, devem juntos buscar as melhores soluções para que haja o total cumprimento das obrigações contratuais assumidas.

Os direitos de cada um, não serão feridos ou minimizados com o dever de colaboração, ao contrário, esse dever facilita o total cumprimento dos direitos adquiridos contratualmente, e essa colaboração, embora não escritas nas cláusulas contratuais, é obrigatória, pois decorre do princípio da boa-fé, que exige dos indivíduos, cooperação e respeito recíprocos nas relações contratuais.

### 2.3 – DO PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL DO CONTRATO

---

<sup>134</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV, p. 72.

<sup>135</sup> BETTI, Emilio. Teoria geral das obrigações. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005. p. 30.

Pelo princípio da equivalência material, pretende-se a garantia de que exista a plena igualdade entre as partes contratantes, quando da realização de um negócio jurídico. Busca-se através de sua aplicação, a correção de eventuais injustiças de desproporção de direito entre as partes contratantes, harmonizando seus interesses e evitando prejuízos a qualquer das partes envolvidas na relação contratual.

Segundo o magistério de Paulo Lobo,

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.<sup>136</sup>

O que ocorre com o princípio da equivalência é que com sua aplicação, existirá um certo abrandamento ao princípio da *pacta sunt servanda*, princípio esse, que estabelece que tudo aquilo que foi acordado em contrato, deva ser regamente observado, não importando o que venha a ocorrer no decorrer do período de sua duração.

Pelo princípio da equivalência material, busca-se a realização da justiça contratual, sem que o contrato perca sua obrigatoriedade, que muito embora tenha sido relativizado, sua força obrigatória não deixa de existir, mantendo-se assim, a segurança jurídica.

Através da aplicação do princípio em estudo, o juiz adquire maior liberdade para julgar casos em que envolvam desigualdades contratuais e/ou falta de equilíbrio de direitos e deveres entre as partes contratantes.

A teoria do adimplemento substancial será aplicada quando o credor pretender a resolução do contrato, em caso do descumprimento dele, ou pelo seu cumprimento defeituoso, caracterizando o inadimplemento por parte do devedor, como será abordado no próximo capítulo.

---

<sup>136</sup>LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2796>. Acesso em: 11 dez. 2021.

### **3 DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

De acordo com o artigo 475 do CC/2002, nos casos em que houver descumprimento do contrato obrigacional, a parte lesada poderá pedir a resolução do contrato, ou conforme a sua vontade, exigir o cumprimento do mesmo, além, de indenização por perdas e danos.

Contudo, visando coibir o mau uso do direito concedido á parte credora em referido artigo de lei acima citado, surge a teoria do adimplemento substancial, que procura vedar a resolução do contrato em qualquer situação, principalmente quando houver o cumprimento de parcelas significativas do contrato, preservando assim, o vínculo contratual, não desfazendo o contrato, e possibilitando ao credor o exercício das outras formas legais de cobrança da parte mínima existente da dívida.

#### **3.1 DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA**

Alienar, significa transferir. Fidúcia, vem de confiança, e assim, alienação fiduciária, é a transferência da posse de determinada coisa em garantia, e a título provisório, já que ainda não existe a tradição definitiva do bem, situação essa, em que o alienante se torna depositário do bem, tornando-se responsável civil e penalmente por qualquer encargo que venha recair sobre o bem alienado.

De acordo com o artigo 1361 do CC/2002, “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, a alienação fiduciária,

Constitui-se mediante negócio jurídico de disposição condicional. Subordinado a uma condição resolutiva, porque a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, uma vez verificado o implemento da condição resolutiva, não exige nova declaração de vontade do adquirente ou do alienante, nem sequer a realização de qualquer novo ato. O alienante, que transferiu fiduciariamente a propriedade, readquire-a pelo só pagamento da dívida.<sup>137</sup>

A lei 9514/97, trata da alienação fiduciária dos bens imóveis, cuja finalidade, vem expressa em seu artigo primeiro, qual seja, promover o financiamento imobiliário em geral.

Além de regulamentar o instituto, estabeleceu no artigo 22 o conceito do que significa a alienação fiduciária, apontando como “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, como o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”, podendo ainda, ser contratada por pessoa física ou jurídica.

Trata-se assim, a alienação fiduciária de uma garantia que o devedor, na qualidade de (fiduciante), confere ao credor (fiduciário), a propriedade provisória do seu imóvel, até que a dívida seja quitada, quando retorna para si, a propriedade plena do bem alienado.

Em se tratando de um negócio jurídico, necessário, que obedeça aos requisitos de validade do contrato, que estão estampados no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: Agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei.

No presente caso, a capacidade é a de contrair direitos e deveres, podendo assim, dispor livremente de seus bens, sendo o objeto, a coisa móvel, a forma, devera

---

<sup>137</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil: direitos reais. 8 ed. São Paulo: atlas, 2008. p. 394.

se dar por escrito, podendo ser por documento público ou particular, observando-se os requisitos ditados no artigo 24 da lei 9514/97, quais sejam: I - o valor do principal da dívida; II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III - a taxa de juros e os encargos incidentes; IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII - a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Tem-se, que o único meio de prova da existência da alienação fiduciária, é a forma escrita, podendo ser realizada tanto por instrumento público, como particular, devendo ser obrigatoriamente arquivada, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não ter validade contra terceiros.

Dá-se na alienação fiduciária, a transferência do domínio do bem ao credor, em garantia do pagamento da dívida, ficando o devedor, com a posse direta do bem dado em garantia, enquanto, que a posse indireta, passará ao credor.

Com o cumprimento total da obrigação, o domínio pleno do bem, volta automaticamente ao devedor, sem a necessidade de aquiescência do credor, que conforme estabelece o artigo 25 § 1º, “no prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato”.

Em caso de inadimplência do devedor, o credor poderá entrar com ação de busca e apreensão do bem alienado, e tomando posse dele, não poderá tê-lo para si em definitivo, devendo, vende-lo a terceiro, quando então, o fruto será utilizado para pagamento de seu crédito.

No entanto, determina a lei em estudo, em seu artigo 26 § 1º, que o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos

contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

A intimação, deverá ser pessoal, ao fiduciante ou ao seu procurador ou representante legal constituído, e se por duas ocasiões, for procurado e não localizado, a intimação poderá ocorrer por intermédio de qualquer pessoa da família ou vizinho do fiduciante, ao qual será noticiado que no dia seguinte o oficial retornara em data e hora marcada para efetuar a intimação.

De acordo com Roberto Wagner Marquesi, o inadimplemento, “provoca a antecipação do vencimento de “todas” as parcelas vincendas, de modo a permitir ao credor fiduciário exigi-las imediatamente”<sup>138</sup> e, como preceitua o artigo 27 da lei 9514/97, uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário terá um prazo de 30 dias contados da data do registro da averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, deverá promover o leilão para a alienação do imóvel.

No caso de ser levado a leilão, o valor do mesmo, deverá ser igual ou superior ao valor da dívida, e caso não exista lance nesses termos, em um prazo de 15 dias, será realizado novo leilão, onde se admitira o maior lance, desde que não seja igual ou superior ao valor da dívida, as despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, sendo, que nos cinco dias após a realização do leilão, em caso positivo, o credor após o recebimento do principal e o pagamento de todas despesas e encargos, deverá entregar ao devedor, o valor que sobejar, indenizando as benfeitorias, ocorrendo assim, a quitação recíproca.

Pela presente lei, havendo atraso no cumprimento de qualquer quantidade de prestação, não importando se falta uma ou dez parcelas para o adimplemento do contrato, uma vez efetivado o inadimplemento, nasce ao credor o direito de utilizar das prerrogativas constantes da lei, exigindo o cumprimento imediato, utilizando caso queira, da busca e apreensão do objeto alienado fiduciariamente, a fim de satisfazer seu crédito.

Em 1965, a lei nº 4.728, tratou pela primeira vez da alienação fiduciária no Brasil e, tinha como função, dar garantia real nos contratos de abertura de crédito para financiamento.

---

<sup>138</sup> MARQUESI, Roberto Wagner. Manual dos direitos reais. / Roberto Wagner Marquesi./ Curitiba; Juruá, 2019. p. 596.

Foi através do artigo 66<sup>139</sup> de referida lei, que foi introduzido em nossa legislação, a alienação fiduciária em garantia, lei esta que foi modificada pelo Decreto-Lei 911/69, que trata da alienação fiduciária de bens móveis fungíveis e infungíveis, modificação essa necessária, pelo fato de que a lei 4728/65, não trazia qual o tipo de ação poderia o credor utilizar, em caso de inadimplemento da obrigação pelo devedor.

Com a regulamentação do artigo 66 da lei 4728/65, ficou definitivamente claro, que na alienação fiduciária, o devedor transfere o domínio do bem ao credor, ficando o devedor alienante, com a posse direta do bem, e o credor como possuidor indireto, mesmo sem a efetiva tradição do bem.

No entanto, a teor do que escreve o DL 911/1969, em ocorrendo o inadimplemento da obrigação, o credor possui a faculdade de escolha entre buscar a apreensão do bem dado em garantia, ou promover a execução do contrato, e via de regra, o credor opta pela busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, opção essa, que demonstra o uso da forma mais traumática de solução do processo, quando, deveria a busca e apreensão, ser a última possibilidade, só sendo utilizada, após

---

<sup>139</sup> “Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

§ 1º A alienação fiduciária em garantia somente se prova por escrito, e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, cuja cópia será arquivada no registro de títulos e documentos, sob pena de não valer contra terceiros, conterà o seguinte:

- a) o total da dívida ou sua estimativa;
- b) o prazo ou a época do pagamento;
- c) a taxa de juros, se houver;
- d) a descrição da coisa objeto da alienação e os elementos indispensáveis à sua identificação.

§ 2º O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário.

§ 3º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não tiver a posse da coisa alienada, o domínio dessa se transferirá ao adquirente, quando o devedor entrar na sua posse.

§ 4º Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens dos seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 5º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

§ 6º Se o preço da venda não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

§ 7º É nula a cláusula que autorize o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 8º O proprietário fiduciário, ou aquele que comprar a coisa, poderá reivindicá-la do devedor ou de terceiros, no caso do § 5º deste artigo.

§ 9º Aplica-se à alienação fiduciária em garantia o disposto nos artigos 758, 762, 763 e 802 do Código Civil, no que couber.

§ 10 O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal”.

esgotadas todas as outras possibilidades de tentativa de recebimento do crédito que é devido ao credor.

Quanto a essa possibilidade do uso direto da ação de busca e apreensão, medida que é totalmente prejudicial ao devedor, Roberto Wagner Marquesi, não credita como válida tal possibilidade, uma vez, que “se boa parte da dívida foi paga, melhor política, ao invés de apreender a coisa e vendê-la, privando de sua posse o devedor, é exigir o pagamento da dívida em aberto.”<sup>140</sup>

O fato, é que o decreto lei 911.69, em seu artigo 3º combinado com o artigo 2º §2º, autoriza que o credor se utilize diretamente da ação de busca e apreensão, não importando, o número de parcelas inadimplidas pelo devedor.

Em síntese, referidos dispositivos, apontam que em havendo o inadimplemento nas obrigações contratuais mediante alienação fiduciária, o credor ou proprietário fiduciário, poderá vender o bem a terceiros, não precisando se socorrer de leilão ou hasta pública ou avaliação, quando então deverá aplicar o valor obtido com a venda, para o pagamento da dívida.

Aponta ainda, que o devedor deverá ser notificado para pagamento, cuja comprovação poderá ocorrer por carta registrada com aviso de recebimento, sendo, que o simples vencimento do prazo para pagamento, acarretara a mora, e de consequência, o credor poderá considerar vencida antecipadamente toda a dívida, não necessitando, novo aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

### 3.2 DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

Na esfera do inadimplemento, de acordo com o que acentua Mário Júlio de Almeida Costa,

verifica-se o não cumprimento, incumprimento ou inadimplemento de uma obrigação sempre que a respectiva prestação devida deixar de ser efectuada nos termos adequados.<sup>141</sup> Não se pode olvidar, que citado autor esclarece que “este conceito representa, todavia, um simples ponto de partida, visto que na sua moldura genérica se incluem várias situações com efeitos jurídicos muito diversos.”<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Marquesi. op. cit. p. 599.

<sup>141</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Noções de direito civil. Coimbra: Livraria Almedina. 1980. p. 219

<sup>142</sup> Ibidem. p.219

De regra, o inadimplemento tem mais de uma origem, podendo surgir da conduta do devedor que deixa de cumprir a sua obrigação no tempo lugar e forma contratada ou legal, ou, do credor que se recusa ao recebimento da obrigação na forma legal ou estabelecida no contrato.

Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon ao falarem sobre o tema, argumentam que:

*En principio, lo normal es que la imputabilidad y la responsabilidad de la infracción del derecho de crédito se examinen respecto del deudor. Sin embargo, cabe también la posibilidad de que el impedimento o el obstáculo puesto a la prestación o al logro de una plena satisfacción a través de la misma haya serle imputado al acreedor o incluso a un tercero ajeno a la obligación o, en fin, que no le pueda ser imputado a nadie, por obedecer a un hecho fortuito, inevitable e imprevisible.*<sup>143</sup>

Também, ao tratar do assunto em questão. Judith Martins-Costa assim nos orienta:

A summa divisio em matéria de inadimplemento é a que discerne entre a sua causa, isto é, se a prestação devida não se realizou por fato imputável ao devedor ou por fato não imputável do devedor. Como o exame da imputabilidade resta melhor situado no comentário ao art. 396, basta, por ora, fixar que só no caso do incumprimento imputável existe um verdadeiro e característico não-cumprimento. Quando não-imputável, teremos uma hipótese de impossibilidade e o efeito será extintivo da relação obrigacional.<sup>144</sup>

Roberto Senise Lisboa, aponta o seu conceito de inadimplemento, ao passo, que também estabelece a forma de como ele pode se configurar, pontuando que “O descumprimento da obrigação é o *inadimplemento*, isto é, a não realização do ato jurídico que o devedor se comprometeu a desempenhar em benefício do credor. O descumprimento da obrigação pode ser total ou parcial.”<sup>145</sup>

De acordo com o que esclarece Arnaldo Rizzardo, “o incumprimento tem várias causas: a culpa do devedor, a impossibilidade do objeto, a superveniência de

<sup>143</sup> DIEZ-PICAZO, Luis e GULLON, Antonio. Sistema de derecho civil. v. II. Madrid: Editorial Tecnos. 1978. p. 166

<sup>144</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 147.

<sup>145</sup> LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, volume 2: Obrigações e responsabilidade Civil / Roberto Senise Lisboa. – 3. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 359.

impossibilidade, e até outras, como a mudança da situação vigente quando da contratação.”<sup>146</sup>

Ao tratar da culpa no inadimplemento, Judith Martins-Costa, revela que:

A questão de se o adimplemento pressupõe a culpa de uma das partes contratantes é tema bastante discutido na doutrina. Os doutrinadores costumam apontar o inadimplemento como acontecimento imputável ao devedor. Todavia, a doutrina discute se esta imputabilidade será sempre culposa ou não. O entendimento que parece predominar é o de que a culpa é pressuposto do inadimplemento. A esse respeito, confirmam-se os ensinamentos de Judith Martins-Costa: “A doutrina (e não só a brasileira) está separada em dois grupos no que diz respeito à questão acima arguida. No primeiro, estão juristas de porte de Clóvis do Couto e Silva, Ruy Rosado de Aguiar Jr., Agostinho Alvim, Sílvio Rodrigues, Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua para quem a imputabilidade é sempre culposa. No outro grupo estão juristas de não menor porte, como Pontes de Miranda, Araken de Assis, Mário Júlio de Almeida Costa, que discernem entre imputabilidade e culpa.”<sup>147</sup>

Por sua vez, Orlando Gomes, relata que:

O inadimplemento da obrigação por fato imputável ao devedor deve ser apreciado à luz da teoria da culpa contratual. Consiste a culpa na infração de dever jurídico oriundo de contrato, praticada intencional ou negligentemente. Não deve ser confundida com a culpa aquiliana, na qual se funda a responsabilidade delictual. A culpa a ser considerada no capítulo da inexecução é restrita a infrações que determinam inadimplemento de obrigação contratual.<sup>148</sup>

De acordo com Arnaldo Rizzardo, o inadimplemento, também pode ser verificado por mais de um modo, podendo ser considerado, como a falta da realização de um dever ou obrigação anteriormente pactuada, onde reproduzindo o que disse Jefferson Deibert, acentua que “o que caracteriza, pois o inadimplemento é o fato de descumprir o devedor aquilo a que se obrigou, quer voluntária ou involuntariamente.”<sup>149</sup>

Trata-se assim, da ausência de cumprimento de uma prestação positiva ou negativa a que se obrigou, podendo o incumprimento, ocorrer na modalidade total ou parcial.

<sup>146</sup> RIZZARDO, Arnaldo, Direito das obrigações: Lei 10.406, de 10.01.2002/ Arnaldo Rizzardo – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 435

<sup>147</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 84-85.

<sup>148</sup> GOMES, Orlando. Obrigações / Orlando Gomes; atualizador Edvaldo Brito. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 – e-book

<sup>149</sup> RIZZARDO, Arnaldo, Direito das obrigações: Lei 10.406, de 10.01.2002/ Arnaldo Rizzardo – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 435

Visto os conceitos acima elencados, é importante ressaltar, que a ampliação do conceito de adimplemento, devido aos deveres de conduta que devem pautar o devedor e o credor, faz com que também se deva aumentar a margem do que significa o inadimplemento, onde pode-se considerar em estado de inadimplência, o devedor que não paga a obrigação principal, bem como, todo aquele deixa de observar os deveres anexos oriundos do contrato.

Jorge Cesa Ferreira da Silva, falando sobre a necessidade de observância pelas partes, também dos deveres anexos, quando do cumprimento das obrigações, se manifesta no sentido de que

A obrigação abrange, pois, deveres de prestação e de conduta – os chamados deveres laterais – e interesses do credor e do devedor (cf. Jorge Cesa Ferreira da Silva, op. Cit., p. 75 ss.). E se é verdadeiro que se tem por adimplida a obrigação que concretiza os interesses legítimos (ativos e passivos) nela envolvidos e dela decorrentes, não menos certo é que por inadimplemento se deve entender o não-cumprimento ou inobservância por uma das partes de qualquer dever emanado do vínculo obrigacional. O inadimplemento, assim, não se limita à prestação e nem aos deveres exclusivamente a ela relacionados.<sup>150</sup>

Como esclarece Judith Martins-Costa, quando consideramos que os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, são partes integrantes da relação jurídica obrigacional, também, ocorre a ampliação do conceito de inadimplemento, este, que ocorre como não cumprimento da obrigação principal, assim como, com a inobservância dos deveres laterais em todas as fases do contrato, ou seja, antes, durante e após a conclusão dele. De acordo com a autora citada, para que ocorra o inadimplemento, deverá ocorrer o não cumprimento da obrigação devida, e o manifesto descontentamento do credor em relação ao fato.<sup>151</sup>

Continua Judith Martins-Costa, discorrendo que o inadimplemento se reveste por três modos a seguir expostos:

(i) o *inadimplemento relativo*, denominado *mora*, cujo conceito é deduzido do art. 389 do Código Civil, a saber: o não cumprimento imputável, no tempo, forma e lugar devidos, da prestação prometida, sendo essa, porém, ainda possível e útil ao credor; (ii) o *inadimplemento absoluto*, também dito “definitivo”, quando a prestação não foi

---

<sup>150</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 31.

<sup>151</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 82.

cumprida tal qual devida, nem poderá sê-lo, com utilidade para o credor; e (iii) a *violação positiva do contrato*, expressiva do descumprimento de deveres relacionados imediatamente a interesses de proteção (laterais), e não a interesses de prestação.<sup>152</sup>

De modo geral, o inadimplemento é classificado conforme seus efeitos, em absoluto e relativo (mora), sendo o absoluto, quando ocorrer a impossibilidade do recebimento pelo credor, devido o fato de ter se tornado inútil a ele, e inadimplemento relativo, quando muito embora a prestação não tenha sido realizada no tempo, modo e lugar pelo devedor, ela ainda, possa ser de utilidade ao credor.

No que se refere ao inadimplemento relativo ele consubstancia-se no entendimento-possibilidade de proveito de cumprimento posterior da obrigação pactuada e não honrada tempestivamente, o que a doutrina denomina de mora.

Nesse sentido, leciona Adauto de Almeida Tomaszewski que

Pode-se afirmar que todo aquele que descumprir culposamente sua obrigação irá responder pelos prejuízos que causar. O descumprimento da obrigação pode ser absoluto ou relativo. Será relativo quando a obrigação não foi cumprida nos moldes determinados, ainda, poderá ser cumprida de forma proveitosa, restando ao prejudicado o interesse de que seja adimplida, podendo exigir uma compensação em razão do atraso ocasionado, denominado como “mora”. Esta pode ser causada tanto pelo credor como pelo devedor.<sup>153</sup>

Ou seja, o interesse da parte no cumprimento obrigacional se mantém, mesmo diante do descumprimento do prazo pactuado.

Ainda sob as ideias do aludido autor registre-se que: “Quando, porém, a obrigação não foi cumprida, nem havendo possibilidade de sê-la de forma proveitosa para o credor, tem-se o inadimplemento absoluto.”<sup>154</sup>

Discorrendo sobre a mora ou inadimplemento relativo, Judith Martins-Costa deixa claro, que eles, não se limitam “ao aspecto temporal, isto é, ao incumprimento da prestação no tempo devido. Abarca também as situações, imputáveis ao devedor, de disjunção entre o lugar e a forma previstos no contrato ou na lei e aquelas verificadas na realidade.”<sup>155</sup>

<sup>152</sup> MARTINS-COSTA, Judith A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação / Judith Martins-Costa. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>153</sup> TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Teoria e Prática das Obrigações. p. 217

<sup>154</sup> Ibidem, p.217.

<sup>155</sup> MARTINS-COSTA, op. cit. 2018.

No entanto, na visão de Roberto Senise Lisboa, o fato do não querer receber a obrigação “não caracteriza o inadimplemento absoluto, mas sim, o relativo, recusa não é impossibilidade. Por vezes, algo que é possível fazer não é realizado, o que não significa que seja impossível.”<sup>156</sup>

Tem-se assim, que no inadimplemento relativo, ainda existe a possibilidade do credor receber a obrigação, mesmo havendo o descumprimento da mesma, sendo conferido ao devedor, a possibilidade de cumprir a obrigação, ainda que arcando com a mora decorrente do seu inadimplemento.

O inadimplemento absoluto, se dará, quando a obrigação devida, não puder mais ser realizada, e no caso de ainda poder ser, seu cumprimento, não interessar mais ao credor. Temos assim, duas situações, a prestação que se tornou impossível e, a prestação que embora possível, não mais interessa ao credor.

Aqui, o inadimplemento irá se revelar na ausência do interesse/proveito localizado na modalidade relativa, e, conforme leciona Judith Martins-Costa,

Do *inadimplemento definitivo*, podem resultar as pretensões á execução (específica ou pelo equivalente pecuniário) bem como o nascimento do direito formativo extintivo de *resolução por inadimplemento*. No primeiro caso, (execução), a relação contratual remanesce até que seja extinta o contrato pelo adimplemento – ou da própria prestação, se possível e ainda útil ao credor – ou da prestação substitutiva, em ambos os casos acrescida de perdas e danos. Trata-se, ainda, do cumprimento do contrato. Na segunda hipótese (resolução), os efeitos da relação obrigacional irradiada do contrato cessam de imediato. Havendo dano, o contrato ingressa numa nova fase, chamada de relação de liquidação.<sup>157</sup>

A situação do credor não ter mais a possibilidade de receber a obrigação que lhe era de direito, ou seja, o descumprimento realizado pelo devedor, gera o inadimplemento absoluto, sendo que “o inadimplemento absoluto não se sujeita à *purgação*, isto é, não tem como ser remediado ou corrigido naturalmente pelo devedor porque os fatores que geraram essa situação não podem ser imputados ao inadimplente e, ainda, inviabilizam a realização da prestação.”<sup>158</sup>

Na situação da impossibilidade de receber a obrigação, tomamos como exemplo, o caso em que o devedor se obriga a entregar ao credor, determinado

---

<sup>156</sup> LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, volume 2: Obrigações e responsabilidade Civil / Roberto Senise Lisboa. – 3. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p, 362

<sup>157</sup> MARTINS-COSTA, op. cit. 2018.

<sup>158</sup> LISBOA. op. cit. p, 362

quadro, (único que foi produzido por um famoso pintor) e, por descuido do devedor, esse objeto veio e se perder pelo fato de ter derramado água sobre ele, deixando-o totalmente irreconhecível e sem valor, o que poderia ter sido evitado, se o quadro tivesse sido corretamente guardado.

No caso em tela, com o perecimento do objeto, a impossibilidade de se cumprir a prestação, apresenta-se definitiva.

Nas lições de Mario Júlio de Almeida Costa:

A primeira hipótese – também designada por inadimplemento propriamente dito ou impossibilidade definitiva – ocorre quando a prestação, que ficou por cumprir na altura própria, não pode mais ser efectuada, tendo-se tornado impossível. Exemplificamos: A obriga-se para com B a entregar-lhe o objecto X, que perece; C não cumpre a obrigação que assumira de fornecer a D um banquete no dia Y, em que se celebrou o casamento da filha deste. Tanto num caso como no outro a obrigação não foi cumprida nem poderá vir a sê-lo. No segundo exemplo, a impossibilidade do cumprimento resulta de ter desaparecido o interesse do credor.<sup>159</sup>

Outra hipótese de inadimplemento absoluto, é o fim dos interesses do credor. Nessa situação, embora possa existir a possibilidade do cumprimento da prestação, ela se mostra inútil ao credor. Importante ressaltar, que a perda do interesse do credor deve ocorrer após a ocorrência da inadimplência do devedor, sendo que antes dessa ocorrência, o credor não pode alegar falta de interesse para recusar o recebimento da prestação.

A esse respeito, Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon comentam que:

*se admite por la doctrina y jurisprudencia (Ss. de 5 de enero de 1935 y 6 de julio de 1945) que el retraso en el cumplimiento equivale a incumplimiento definitivo cuando ya no puede satisfacer el interés del acreedor; la prestación deja de serle útil. Especial relevancia tiene esta doctrina en los negocios con término esencial o a fecha fija, aunque su virtualidad no queda encerrada en ellos.*<sup>160</sup>

Pode-se assim dizer, que a gravidade do inadimplemento absoluto deve ser tamanha, que impossibilite totalmente o cumprimento da obrigação, ainda que parcial.

Assim, a impossibilidade absoluta do cumprimento da obrigação, poderá ocorrer na forma definitiva ou parcial, ocorrendo a primeira, quando envolver todos os

<sup>159</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Noções de direito civil. Coimbra: Livraria Almedina. 1980. p. 219.

<sup>160</sup> DIEZ-PICAZO, Luis e GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volume II. Madrid: Editorial Tecnos. 1978. p. 162-163).

deveres oriundos da obrigação assumida, e segunda, quando a prestação for divisível, e perecer somente parte do que deveria ser adimplido.

Agostinho Alvim leciona que é possível se falar em inadimplemento absoluto parcial, quando, “a obrigação compreende vários objetos, sendo um ou mais entregues e perecendo o restante por culpa do devedor. Com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega nem se fará. Terá havido, pois, inadimplemento absoluto parcial da obrigação.”<sup>161</sup>

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa, aponta que

O incumprimento definitivo e grave, causa a resolução em sentido lato, pode ser, em algumas hipóteses, apenas parcial, atingindo, portanto, parte da prestação devida, no tempo, forma e lugar devidos, atingindo, ainda assim, irremediavelmente, o interesse creditício e, portanto, a utilidade da prestação para o credor. Porém, a possibilidade da resolução parcial por inadimplemento, depende de o objeto da obrigação ser divisível.<sup>162</sup>

Segundo entendimento de Ruy Rosado Aguiar Júnior:

A impossibilidade pode ser total, quando atingir toda a obrigação principal, ou meramente parcial. Afetando apenas parte da obrigação principal, diz-se que há impossibilidade parcial (o caminhão de transporte perdeu parte da carga). Aplica-se a regra do art. 866 do Código Civil, criada para caso análogo da deterioração: o credor pode aceitar a prestação, com o correspondente abatimento do preço, ou enjeitá-la, optando por resolver o contrato. Para admitir a resolução, deverá o juiz verificar se houve a impossibilidade total, se a prestação parcial efetivamente já não atende ao interesse do credor, ou se a prestação possível não significa o cumprimento substancial da obrigação (a falta de um volume, na coleção rara de 10 livros, pode destruir o seu valor; já a falta de um exemplar, em partida de 10 exemplares iguais, significa que o devedor cumpriu substancialmente sua prestação, não cabendo resolver.<sup>163</sup>

Procurando responder a entendimentos contrários, Judith Martins-Costa, exemplificando a afirmação acima, reporta-se a Pontes de Miranda, o qual aponta, que se em um contrato de empreitada “o empreiteiro só erigiu em parte a obra, o inadimplemento parcial pode dar ensejo a resolução do contrato, com a indenização por perdas e danos, nos quais se incluiu o que já fora pago”<sup>164</sup>

<sup>161</sup> ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, p.07

<sup>162</sup> MARTINS-COSTA, Judith A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação / Judith Martins-Costa. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

<sup>163</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE. 1991. p.100-101.

<sup>164</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação / Judith Martins-Costa. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

Importante ressaltar, que o inadimplemento, também poderá se dar na forma culposa e também da forma fortuita, sendo, que ao teor do que descreve o artigo 389 do CC/2002, “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”, assim, nos casos em que o cumprimento da obrigação ocorra devido á culpa do devedor, a ele, caberá a obrigação de indenizar aquele a quem prejudicou com sua ação culposa.

Nota-se, que no caso do presente artigo 389 do CC/2002, verifica-se tratar do inadimplemento absoluto, onde a prestação já se tornou inútil ao credor.

Silvio de Salvo Venosa, exemplificando tal situação, descreve aquela em que se contrata “uma orquestra para uma festividade e ela deixa de comparecer. De nada adiantará para o organizador da efeméride (o credor, então) que a orquestra disponhasse a apresentar-se no dia seguinte, uma vez que todos os convivas já estavam presentes na data agendada.”<sup>165</sup>

Deste modo, ocorrendo o descumprimento devido a conduta culposa do devedor, ou seja, “Se o descumprimento decorreu de desídia, negligência ou, mais gravemente, por dolo do devedor, estaremos diante de uma situação de inadimplemento culposo no cumprimento da obrigação, que determinará o consequente dever de indenizar a parte prejudicada.”<sup>166</sup>

Assim, fica claro, que aquele que infringe um dever legal ou convencional, ficará obrigado a reparar o dano que vier a causar em decorrência de sua atitude.

O inadimplemento fortuito, se dará, quando a ocorrência se der por fato não imputável ao devedor, ou seja, quando não houver dolo e muito menos culpa do devedor, não estando, portanto, obrigado a indenizar.

Verifica-se assim, o caso fortuito ou a força maior, onde o devedor, não poderá ser prejudicado, se o cumprimento da obrigação ocorreu por fatos da natureza ou atos de terceiros.

Por caso fortuito, entende Álvaro Villaça Azevedo, como sendo

O acontecimento provindo da natureza, sem qualquer intervenção da vontade humana, como, por exemplo, a inundação de um rio, em consequência do que se arrasta uma ponte, impossibilitando tal fato o devedor, com seu

---

<sup>165</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010, p. 393.

<sup>166</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 2: obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 234.

caminhão, de transportar o objeto da prestação ao local certo, no dia certo. Esse devedor restará exonerado da responsabilidade de indenizar.<sup>167</sup>

Enquanto, na sua visão, a “força maior é o fato de terceiro, ou do credor; é a atuação humana, não do devedor, que impossibilita o cumprimento obrigacional.”<sup>168</sup>

Nessa situação, em ocorrendo a força maior, nenhuma culpa poderá se imputada ao devedor.

Maria Helena Diniz, ao tratar do tema em pauta, muito bem esclarece que:

na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc.”<sup>169</sup> Por outro lado, “no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte.”<sup>170</sup>

Dessa feita, o que se percebe, é que o caso fortuito e a força maior, isentam o devedor dos prejuízos que possam ser causados ao credor, podendo isentar até mesmo do cumprimento de toda a obrigação, caso ela seja inteiramente afetada.

### 3.3 CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO

As consequências do inadimplemento, irão se apresentar, quando o devedor deixar de cumprir sua obrigação na forma contratada, sendo então, que o seu patrimônio responderá perante o credor, pela não execução da obrigação contratual.

De acordo com o que escreve Álvaro Villaça Azevedo,

se alguém se obriga a entregar determinado objeto a outrem, a quem o comprou e de quem recebeu o preço, e não realiza a entrega, descumpre obrigação de dar coisa certa (objeto vendido), como, também, quem se obriga a fazer um muro e não o faz deixa de executar obrigação de fazer, sujeitando-se ambos os inadimplentes aos efeitos da mora (pagamento dos prejuízos, juros etc.).<sup>171</sup>

<sup>167</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e 8 civil / Álvaro Villaça Azevedo – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, e-book

<sup>168</sup> AZEVEDO. Op. cit. 2019 – e-book.

<sup>169</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º : Teoria Geral das Obrigações / Maria Helena Diniz. - 23. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 366.

<sup>170</sup> Ibidem. p. 366.

<sup>171</sup> AZEVEDO. Op. cit. 2019 – e-book.

Realçam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, que “o inadimplemento produz diferentes efeitos, conforme se trate de inadimplemento absoluto ou mora. Os efeitos da mora são diversos conforme se trate de mora do devedor ou do credor.”<sup>172</sup>

Quando a mora se localiza no devedor de acordo com o artigo 394 do atual Código Civil brasileiro: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”. Destaque-se, que no ordenamento civil brasileiro, a mora é configurada, não só quando ocorre o atraso no cumprimento da obrigação, mas também quando este acontece de modo imperfeito, ou seja, em lugar ou forma diversa da contratada entre as partes ou prevista na lei vigente.

O conceito de mora anotado no nosso Código Civil, é criticado por alguns doutrinadores, e para Sergio Savi, a leitura do art. 394 do Código Civil deve ser vista, no sentido de que “o não pagamento ou recebimento da prestação no lugar e forma que a lei ou convenção estabelecer somente acarretará a mora se, em função da entrega em lugar diverso ou em desconformidade com a forma estabelecida, houver atraso no cumprimento da prestação”<sup>173</sup>

Pontua Raphael Augusto Cunha, que

em que pese essa respeitável posição doutrinária de que, mesmo a prestação em forma ou local diverso implica sempre em retardo da prestação, parece-nos relevante a opção do legislador brasileiro, que expressamente alargou o conceito de mora e enfatizou que não é apenas o retardo que está no núcleo conceitual de mora.<sup>174</sup>

Não obstante a isso, temos, que quando ocorrer o inadimplemento culposo por parte de devedor, e em havendo ainda o interesse do credor no recebimento da obrigação, este, (credor), pode exigir que seja pago pelo devedor, um acréscimo pelo adimplemento em atraso.

---

<sup>172</sup>TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil: obrigações / texto e coordenação Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021 – e-book.

<sup>173</sup>SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 467.

<sup>174</sup>CUNHA, Raphael Augusto. O Inadimplemento na Nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato / Raphael Augusto Cunha; orientadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - São Paulo, 2015. p. 87.

Explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “que este retardamento culposo no cumprimento de uma obrigação ainda realizável caracteriza a mora”,<sup>175</sup> conhecida comumente, como mora solvendi ou debendi.

Pelos ensinamentos de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, são efeitos da mora do devedor: “(i) responsabilidade pelas perdas e danos decorrentes da mora, mais juros moratórios, atualização monetária e honorários advocatícios (CC, art. 395); (ii) perpetuação da obrigação, com a responsabilização do devedor pelos riscos da coisa, incluindo caso fortuito ou de força maior (CC, art. 399).”<sup>176</sup>

Complementam, afirmando que:

A mora debitoris implica em responsabilidade pelas perdas e danos, bem como pelos juros de mora. Faz, ainda, recair sobre o devedor a responsabilidade pela eventual impossibilidade da prestação ainda que esta derive de caso fortuito ou força maior, salvo se restar demonstrado que não agiu com culpa de que o dano sobreviria mesmo que a obrigação tivesse sido regularmente cumprida.”<sup>177</sup>

Assim, importante que se destaque, que sua ocorrência, geralmente se dará, quando o devedor de forma culposa, atrasar o cumprimento da obrigação.

Para que se configure a mora do credor, deverá haver prova de oferta real e regular da prestação e de sua recusa injustificada. Assim, havendo prova de que o devedor tentou pagar e foi obstaculizado pelo credor, a mora que se configurou é a mora accipiendi.

Evidenciam-se como requisitos para a configuração da mora do credor, a oferta da obrigação pelo devedor, no tempo lugar e modo correto e, a recusa injustificada do recebimento pelo credor.

Relatam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, que “os efeitos da mora do credor, são: (i) isenção de responsabilidade do devedor pela conservação da coisa (res perit domino), salvo no caso de dolo do devedor; (ii) dever do credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la; (iii) dever do credor de receber a coisa pela estimação mais favorável ao devedor (CC, art. 400).”<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Novo curso de direito civil, volume 2 : obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. – e-book.

<sup>176</sup> TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil: obrigações / texto e coordenação Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021 – e-book.

<sup>177</sup> TEPEDINO, op. cit. 2021 – e-book.

<sup>178</sup> TEPEDINO. Op. cit. 2021 – e-book.

Acrescentam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o entendimento de que,

A mora do credor prescinde, de fato, da aferição de culpa. Desde que não queira receber a coisa injustificadamente, isto é, no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, sem razão plausível, o credor estará em mora, não sendo necessário que o devedor demonstre a sua atuação dolosa ou culposa.<sup>179</sup>

Em havendo justo motivo para a recusa do credor, nos casos em que a oferta é realizada em lugar diverso do convencionado, ou, na hipótese do cumprimento ser parcial, em uma obrigação em que não se admite tal possibilidade, a mora não será sua, mas sim, do devedor.

No ordenamento civil brasileiro, existe a possibilidade da mora ser purgada, ou seja, que o devedor possa espontaneamente cumprir a obrigação em atraso, ressarcindo o credor, de todos os prejuízos causados pelo seu ato faltoso.

Essa conduta, fará com que o credor se ressarça de todos os danos sofridos e causados pelo devedor, que além da prestação principal, terá que arcar com todos os prejuízos ocasionados pela sua atitude faltosa, ou seja, ele será responsável da mora, pelo tempo em que ela tiver perdurado, tudo isso, de acordo com o artigo 401 inciso I do Código Civil, que exige que seja realizada a oferta da prestação principal, além de todos os encargos decorrentes da sua inadimplência”, ficando muito evidente, que a purgação da mora, não significa que o devedor estará imune á suas responsabilidades.

#### 3.4 DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Pontua Ruy Rosado de Aguiar, que atualmente considera-se o adimplemento como a realização do conteúdo da obrigação pelo devedor. Para tanto, faz-se necessário a atividade solutória do devedor, ou seja, os atos materiais previstos no contrato, bem como a satisfação dos interesses do credor, analisados de maneira objetiva, de acordo com a tipicidade da obrigação.<sup>180</sup>

<sup>179</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 2: obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. – e-book.

<sup>180</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A extinção dos contratos por incumprimento do devedor; resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 91

Ou seja, a ideia de adimplemento se localiza na realização da prestação pelo devedor, daquilo que se comprometeu junto ao credor.

Não obstante, tal entendimento constrói-se com base em uma fonte obrigacional estabelecida pelo contrato, manifestação unilateral da vontade, atos ilícitos, lei e determinações administrativas e judiciais.

Contemporaneamente, a base obrigacional foi ampliada, oportunidade em que uma obrigação expressamente considerada acaba por gerar outros deveres que tem repercussão na manutenção da base contratual/obrigacional.

A codificação civil de 2002, contemplou uma nova sistemática em sua organização e aplicação do direito na adoção de um sistema aberto marcado por cláusulas gerais, conceitos jurídicos determinados e indeterminados pela função.

Em tal organização verifica-se a cláusula geral da boa-fé objetiva que estabelece no âmbito das partes os denominados deveres anexos, de forma que o conceito de adimplemento se alargou para além da obrigação principal.

Nesse sentido, milita a doutrina:

Para além das obrigações delineadas por seus partícipes, o negócio jurídico é modelado, em toda a sua trajetória, pelos chamados deveres anexos ou laterais, oriundos do princípio da boa-fé objetiva. Enquanto as obrigações principais são dadas pelas partes, os deveres anexos são impostos pelas necessidades éticas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de sua inserção em qualquer cláusula contratual.<sup>181</sup>

Paulo Luiz Netto Lôbo, informa, que “o adimplemento, é o cumprimento pelo devedor da prestação a que estava vinculado; dar, fazer ou não fazer. [...]. O adimplemento, realiza o fim da obrigação, satisfazendo o credor e liberando o devedor, extinguindo a dívida.”<sup>182</sup>

Como escreve Orlando Gomes, “as obrigações nascem para serem cumpridas, mas, no exato momento em que se cumprem, extinguem-se. O adimplemento é, com efeito, o modo natural de extinção de toda relação contratual”<sup>183</sup>, que como informam Elpidio Donizetti e Felipe Quintella, pode ser, absoluto ou relativo,

---

<sup>181</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de, in *Direito das Obrigações*. Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. Ed. Lumen Jures, 2006, pag. 336

<sup>182</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo. Saraiva, 2005, p. 187.

<sup>183</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações / Orlando Gomes; atualizador Edvaldo Brito*. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 – e-book

dependendo da extinção ocorrer com relação a ambos os sujeitos ou apenas ao credor.”<sup>184</sup>

A meta final da obrigação é o seu cumprimento, ou seja, de regra, ela possui termo inicial e final, e seu fim, dá-se com uma das diversas formas de adimplemento, sendo que o meio mais comum de se realizar, é com o pagamento, que como explica Salvo de Silvio Venosa, “é toda forma de cumprimento da obrigação”<sup>185</sup>, e não só o repasse ou transferência de dinheiro.

A teoria do adimplemento substancial procura evitar que não aconteça a resolução do contrato, quando o descumprimento do devedor em relação a prestação devida, seja mínima, sendo possível ainda, não obstante o atraso, que o credor seja satisfeito sem que o contrato seja rescindido

Com origem na Inglaterra no século XVIII, a teoria do adimplemento substancial, nasceu, quando as Cortes da Equity, enxergaram, que a radicalização no seguimento do que prescreve um determinado contrato, eram causas de resoluções injustas do contrato.

Sua primeira ocorrência, foi com o caso Bonner v. Eyre, de 1779, onde de acordo com Anelise Becker,

o demandante, Boone, obrigara-se a transferir ao demandado, Eyre, a propriedade de uma plantação nas Antilhas, com os escravos que ali viviam. Garantia ao adquirente seu domínio e posse pacíficos. Em contrapartida (*consideration*), Eyre obrigara-se a pagar-lhe 500 libras e uma renda anual de 160 libras. Em juízo, Boone cobrava-lhe o pagamento de 400 libras de renda atrasada e Eyre alegava que Boone não havia executado a obrigação de garantir-lhe o domínio sobre os bens alienados, pois a plantação lhe pertencia por hora da conclusão do contrato, *mas não mais os escravos*. Lord Mansfield entendeu que esta inexecução não dispensava o comprador da obrigação e pagar o preço e a ação foi julgada procedente.<sup>186</sup>

Acrescenta, que em conformidade com Lord Mansfield, “tal não configurava uma obrigação dependente (*condition*), mas uma obrigação secundária, cuja inexecução se resolveria com perdas e danos e não levaria à ruptura do contrato.”<sup>187</sup>

<sup>184</sup> DONIZETE, Elpidio. Curso didático de direito civil/Elpidio Donizetti; Felipe Quintella. –São Paulo: Atlas, 2012, p. 299.

<sup>185</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010, p. 335.

<sup>186</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substância no direito brasileiro e em perspectiva comparativa. Rev. da. Fac. Direito UFRGS, Porto Alegre, 9(1): nov. 1993. p. 61.

<sup>187</sup> Ibidem. 1993. p. 62.

Segundo Judith Martins-Costa, “a razão de ser desta figura está em que, entre extinguir o negócio jurídico e preservá-lo, sua preservação é justificada por razões de utilidade.”<sup>188</sup> Ressaltando, que “por intermédio da figura do adimplemento substancial, portanto, limita-se o direito a resolver, embora se assegure ao credor o direito de exigir o cumprimento ou à indenização pela mora.”<sup>189</sup>

Ao falar sobre a origem da teoria do adimplemento Flavio Tartuce, complementa, que “no Código Civil Italiano, há previsão expressa sobre o adimplemento substancial, no seu art. 1.455, segundo o qual o contrato não será resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver escassa importância, levando-se em conta o interesse da outra parte.”<sup>190</sup>

Ressaltam ainda Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, que,

A Convenção de Viena, acerca da compra e venda internacional de mercadorias, exige para a resolução do ajuste a “violação fundamental do contrato” (arts. 49 e 64) e define como fundamental aquela violação que “causa à outra parte um prejuízo tal que prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu este resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto” (art. 25).<sup>191</sup>

Por sua vez, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, informa que,

A denominada *Teoria do Adimplemento Substancial*, construída a partir do Direito Comparado, passou a ser aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira como um instrumento de limitação do direito à resolução do contrato, previsto no artigo 475 do CC/02 (art. 1.092, § único, do CC/16), especialmente com fundamento no princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02). Parte-se da ideia de que, tendo ocorrido o cumprimento quase integral do contrato, o inadimplemento parcial, que se mostre ínfimo em relação ao resultado final, não justifica a desconstituição do vínculo contratual, pois significaria uma grave iniquidade.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> MARTINS-COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 758.

<sup>189</sup> *Ibidem*. 2018, p. 758.

<sup>190</sup> TARTUCE, Flavio. *A teoria do adimplemento substancial na doutrina e jurisprudência*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

<sup>191</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: obrigações / texto e coordenação* Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021 – e-book. p.50/51 de 91

<sup>192</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº1.636.692 – RJ (2014/0316494-4), Órgão Julgador, T3 - Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de tarso Sanseverino, Data de julgamento: 12/12/2017, Data de Publicação: 18/12/2017. Acesso em 12 abril de 2020

No caso acima citado, apesar de não ter cumprido na integralidade a obrigação de entregar os escravos que possuía a Eyre, e devido ao fato de ter entregue a propriedade, o tribunal entendeu que ele havia cumprido substancialmente o contrato, devendo sim receber de Eyre, a renda anual contratada, só, que por outro lado, entendeu o tribunal, que Eyre teria direito a ser indenizado por perdas e danos, devidos aos prejuízos sofridos pelo não recebimento dos escravos que existiam na propriedade, quando de sua aquisição.

Segundo nos informa Judith Martins Costa, “a doutrina do substancial performance ingressou no Direito brasileiro por via doutrinária, sendo aberta posteriormente a porta dos Tribunais que estabelecem a ligação entre essa figura e o princípio da boa-fé objetiva.”<sup>193</sup>

Assinala ainda Judith Martins-Costa, que embora o adimplemento substancial não esteja previsto no CCB/2002, sua “porta de entrada no Ordenamento Brasileiro, foi, também o princípio do boa-fé [...]”<sup>194</sup> acrescentando, que “O fundamento do adimplemento substancial está, porém, na conjugação entre a boa-fé – como modeladora do exercício jurídico – e a utilidade contratual.”<sup>195</sup>

A esse respeito, Flavio Tartuce pondera que:

No caso brasileiro, a despeito da ausência de previsão expressa na codificação material privada, tem-se associado o adimplemento substancial com os princípios contratuais contemporâneos, especialmente com a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006, aprovou-se o Enunciado n. 361 CJF/STJ, estabelecendo que “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. Vale lembrar que o art. 475 do Código Civil trata do inadimplemento voluntário ou culposo do contrato, preceituando que a parte lesada pelo descumprimento pode exigir o cumprimento forçado da avença ou a sua resolução por perdas e danos.<sup>196</sup>

Pelo acima citado, percebe-se que muito embora a inexistência de previsão legal, o adimplemento substancial no Brasil, tem por base, os princípios fundamentais

<sup>193</sup> Ibidem. 2018, p, 506.

<sup>194</sup> Martins-Costa, Judith A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação / Judith Martins-Costa. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 507.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 507.

<sup>196</sup> TARTUCE, Flavio. A teoria do adimplemento substancial na doutrina e jurisprudência. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

que devem reger toda relação jurídica, sempre observando, a função social do contrato, que vem prevista no artigo 421 do Código Civil Brasileiro e, o princípio da boa-fé objetiva.

Roberto Mac Crackem, atuando como relator no julgamento da Apelação Cível 10141759020168260011 - TJ-SP, nos diz que aplicar a teoria do adimplemento substancial nos casos em existe inadimplemento escasso, é garantir a preservação de valores de soberania e de importância insuperável, em especial, a dignidade da pessoa humana, sendo, que: "A função social do contrato e os princípios que regem a dignidade da pessoa humana, sem retirar direito efetivo do credor, como restou decidido, preservam uma série de valores fundamentais, não violando, "data venia", a estrutura jurídica e a sistemática de proteção de direitos lançados na Constituição da República."<sup>197</sup>

Ou seja, sua aplicação se dará, nos casos em que o devedor deixa de pagar parcelas mínimas do contrato, a ponto, de o descumprimento ser tão ínfimo, que se torna injusta a sua pronta resolução, optando assim, na utilização de outros modos menos danoso ao devedor.

Importante que se diga, que a não resolução do contrato devido ao inadimplemento mínimo, não significa que o devedor estará isento do cumprimento da obrigação, mas sim, orienta-se que a cobrança dos valores pendentes, sejam realizadas pelo credor através de medidas judiciais alternativas, tais como, ação executiva, ação de cobrança ou indenização por perdas e danos, conforme o caso.

Miguel Reale, quando do desenvolvimento do projeto do Código Civil vigente, falou da necessidade de se alcançar o equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e a coletividade, quando expôs que:

[...], é irrecusável o caráter individualista do Código Civil de 1916, mas bem, poucos cuidam de examinar e prevenir, na vida prática, os danos resultantes dessa constatação fundamental. Não se leva em conta, por exemplo, a grave injustiça decorrente da irrevisibilidade dos contratos, quaisquer que sejam as condições supervenientes, rompendo a paridade ou equivalência que deve haver entre as prestações e contraprestações estipuladas, sendo os contraentes surpreendidos por alterações operadas nos parâmetros econômicos opor fatores inteiramente alheios ao acordo das vontades.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> BRASIL. (TJ-SP - AC: 10141759020168260011 SP 1014175-90.2016.8.26.0011, Relator: Roberto Mac Crackem, Data de Julgamento: 28/02/2019, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/03/2019)

<sup>198</sup> REALE, Miguel, O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais/Miguel Reale. – São Paulo: Saraiva, 1986.

Segundo Pablo Stolze Gagliano, o Código Civil de 2002, possui como princípios norteadores, a eticidade, socialidade e operabilidade, sendo o primeiro, correspondente aos valores éticos encontrados no ordenamento jurídico, o segundo, buscando preservar o coletivo, em detrimento do particular e, o terceiro, dizendo respeito aos poderes mais amplos, para que o magistrado possa dar sua prestação jurisdicional.<sup>199</sup>

A nova visão dada ao Código Civil vigente, pautando-o em princípios, tais como a função social do contrato e a boa-fé, provocou a manifestação de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, os quais relatam que:

O quadro que hoje se apresenta ao Direito Civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificatória oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda os lega. Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimer -, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também a boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista -, instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos objetivos fundamentais da República.<sup>200</sup>

A partir do momento em que o adimplemento substancial garante o cumprimento da obrigação contratual, alcançando assim aquilo que foi pactuado entre as partes, verifica-se o seu fundamento na função social, a qual impõe as partes, o equilíbrio contratual e a igualdade entre elas.

No que diz respeito a atuação da boa-fé em sede do adimplemento substancial, o Enunciado 371, da Jornada de Direito Civil, estabeleceu que a mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.

Tanto o credor, quanto o devedor, devem sempre exercerem seus direitos e deveres, tendo por base, a boa-fé objetiva, o devedor, procurando agir com todo o rigor no cumprimento da obrigação assumida, enquanto o credor, auxiliando e proporcionando meios necessários, para que o seu crédito seja satisfeito pelo obrigado.

---

<sup>199</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. 1: parte geral, 14. ed. Ver. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96/97.

<sup>200</sup> MARTINS-COSTA, Judith e Carlos Branco, Gerson Luiz, Diretriz Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

Segundo entendimento esposado por Anelise Becker, o princípio da boa-fé objetiva, “[...] atua de forma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (boa-fé eximente ou absolutória), como causa de limitação do exercício de um poder jurídico, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de obrigação não cumprida.”<sup>201</sup>

O Ministro relator Luís Felipe Salomão, no Resp. 1.051.270 analisa que “[...] a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução (...), preterindo o desfazimento desnecessário em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.”<sup>202</sup>

A Ministra Nancy Andrighi, ao tratar da possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé objetiva pressupõe a existência de “deveres acessórios de conduta, impondo às partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os contratos, a serem observados para que se concretizem as justas expectativas oriundas da própria celebração e execução da avença.”<sup>203</sup>

Pelo que se observa, a teoria do adimplemento substancial, é aceito pelo princípio da boa-fé objetiva, devido a necessidade de que as partes ajam com lealdade entre si, no sentido, de que os contratantes, possam ter a certeza de que a parte adversa, estará sempre se orientando pela ética que deve imperar nas relações negociais.

O Conselho de Justiça Federal, procurando auxiliar na regulamentação e aplicação da teoria do adimplemento substancial, emitiu o Enunciado 361, o qual dispõe, que “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substância no direito brasileiro e em perspectiva comparativa. Rev. da. Fac. Direito UFRGS, Porto Alegre, 9(1): nov. 1993. p. 70

<sup>202</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.051.270. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 04/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800893455>. Acesso em: 26 abril 2021.

<sup>203</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 953.389. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em: 23/02/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701157039&pv=0000000000>. Acesso em: 26 abril 2021.

<sup>204</sup> BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado 361. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>. Acesso em: 26 abril 2021.

Assim, fica evidente, que os princípios da função social e o da boa-fé objetiva, além de pretender propiciar a manutenção da relação contratual, visam também, evitar abusos de direito por parte do credor, nos casos em que ocorra o inadimplemento de parcela mínima do contrato, buscando assim, maior equilíbrio entre eles.

#### **4 - DA LEITURA DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

A teoria do adimplemento substancial, é largamente aceita no judiciário brasileiro, tanto pelos tribunais regionais, quanto pelo STJ, onde em diversos julgados se evidencia tal assertiva.

A nossa legislação não é clara no sentido de se afirmar o quanto se caracteriza o adimplemento substancial, sendo necessário de que haja a delimitação do que vem a ser o adimplemento substancial em uma relação jurídica.

A esse respeito, Anderson Schreiber, diante da ciência da dificuldade em se encontrar uma fórmula segura de quantificar o que seja adimplemento substancial, assinala que:

o atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato 'com a falta apenas da última prestação', ou o recebimento pelo credor de '16 das 18 parcelas do financiamento', ou a 'hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito'. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nas hipóteses 'em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas', ou de pagamento 'que representa 62,43% do preço contratado'.<sup>205</sup>

Nos orienta Flavio Tartuce, que podemos nos utilizar de dois parâmetros, que podem ajudar a descobrir quando o adimplemento é substancial ou não, o parâmetro objetivo, que demonstrará claramente a extensão do descumprimento dentro do contrato e o subjetivo, que nos evidenciará como foi o comportamento das partes no âmbito contratual,<sup>206</sup> ou seja, se o devedor sempre se manteve em atraso com suas prestações, bem como, qual a vontade do mesmo com relação ao descumprimento, se foi por mera liberalidade, ou se por motivos alheios a sua vontade, assim como, podemos citar ainda, a sua vontade em querer realizar o cumprimento da quantia mínima que falta para o total cumprimento da obrigação.

A Apelação Civil 588012666, é a que se pode encontrar como sendo a mais antiga no que se refere a aplicação da teoria do adimplemento substancial, tendo sido encontrada, no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde no acórdão de

---

<sup>205</sup> SCHREIBER, Anderson, Manual de direito civil contemporâneo/Anderson Schreiber. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 359-360.

<sup>206</sup> TARTUCE, Flavio. *A teoria do adimplemento substancial na doutrina e jurisprudência*. Disponível em: [adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia](#)>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

relatoria do ministro de Ruy Rosado de Aguiar Junior, em 1988, decidiu-se pela aplicação da teoria, em uma situação em que o comprador em um contrato de longa duração, havia deixado de cumprir com a última parcela, quando então, decidiu-se que não seria justo ocorrer a resolução do contrato, tendo por causa essa razão, já que o contrato havia sido substancialmente cumprido.

CONTRATO. RESOLUCAO. ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL. O COMPRADOR QUE PAGOU TODAS AS PRESTACOES DE CONTRATO DE LONGA DURACAO, MENOS A ÚLTIMA, CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE O CONTRATO, NAO PODENDO SER DEMANDADO POR RESOLUCAO. AÇÃO DE RESCISAO JULGADA IMPROCEDENTE E PROCEDENTE A CONSIGNATORIA. APELO PROVIDO EM PARTE, APENAS RELATIVAMENTE AOS HONORARIOS.<sup>207</sup>

Também, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível 10210120073908001 decidiu do seguinte modo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - TEORIA DO ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL - SENTENÇA MANTIDA. - Segundo a teoria do adimplemento substancial, o devedor chega tão perto do resultado final do pacto que o inadimplemento impossibilita a resolução. Mantém-se o contrato, podendo o credor utilizar-se de meios menos onerosos ao devedor para obter seu crédito.<sup>208</sup>

No caso em apreço, o Banco Volkswagen S.A. ajuizou "Ação de Busca e Apreensão em desfavor do demandado, alegando que concedeu ao mesmo, o valor de R\$22.720,00, em 07/01/2008; que em garantia ao crédito foi dado o veículo GOL CITY 1.0, ano 2007/2008, tendo em sede de julgamento, o juízo julgado extinto o feito, sem resolução de mérito, com o fundamento de que a planilha que instrui a petição inicial demonstra que o réu quitou 55 parcelas do total de 60, o que corresponde a

<sup>207</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (TJ-RS - AC: 588012666 RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Data de Julgamento: 12/04/1988, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 12/04/1988. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5263708/apelacao-civel-ac-588012666-rs-tjrs>. Acesso em 27 abril de 2021.

<sup>208</sup> BRASIL. (TJ-MG - AC: 10210120073908001 MG, Relator: Batista de Abreu, Data de Julgamento: 13/03/2014, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/03/2014). Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119583104/apelacao-civel-ac-10210120073908001-mg>. Acesso em 27 de abril de 2021.

91,67% do valor do contrato; que nessas hipóteses tem aplicação a teoria do adimplemento substancial do contrato, decisão esta, que foi confirmada pelo tribunal.

Através do julgamento da Apelação Civil, nº 1014175-90.2016.8.26.001, o TJ/SP decidiu pela manutenção do contrato, em razão da quantia paga ter sido superior a 86% do valor da dívida, considerando assim, que houve o adimplemento substancial da obrigação, impedindo assim a retomada do imóvel ou sua constrição judicial pelo credor.

Vale mencionar, que no Superior Tribunal de Justiça, existem inúmeros julgados onde foi aplicado o adimplemento substancial, para impedir a resolução do contrato, como medida desproporcional, dando prevalência, a manutenção do contrato, nos casos em que exista a viabilidade e esteja preservando os interesses das partes envolvidas no contrato.

Segundo o STJ, (Superior Tribunal de Justiça), a doutrina foi aplicada em 1995, quando do julgamento do *Recurso Especial* nº 76.362/MT, também pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, onde decidiu-se, que a companhia seguradora não poderia pretender dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio.<sup>209</sup>

Na decisão acima, apontou-se como razão para o não conhecimento do recurso da seguradora, o fato de que ela seguradora, sempre aceitou o pagamento das prestações em atraso, sem que tal possibilidade estivesse prevista no contrato, não sendo correto que rejeitasse também o recebimento da última parcela. Alegou-se ainda, o fato de que a seguradora havia cumprido substancialmente sua obrigação contratual, além do fato, de que a rescisão do contrato deveria ter sido requerida em juízo, quando então poderia ter sido avaliada a importância do inadimplemento.

Na mesma seara, no julgamento do Recurso Especial nº 272.739/MG, houve o indeferimento pelo STJ, do pedido de busca e apreensão do bem, uma vez, que o

---

<sup>209</sup> BRASIL. (TJ-MG - AC: 10210120073908001 MG, Relator: Batista de Abreu, Data de Julgamento: 13/03/2014, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/03/2014). Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119583104/apelacao-civel-ac-10210120073908001-mg>. Acesso em 27 de abril de 2021.

devedor deixou de pagar somente a última parcela, decidindo assim, pela manutenção do contrato de alienação fiduciária, já que “O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante.”<sup>210</sup>

Em outra situação, no julgamento do Resp. 912697 RO 2006/0282695-7, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, também é reconhecida a aplicação da teoria debatida, sob o argumento, de que se existe o reconhecimento nas esferas inferiores, de que o inadimplemento é ínfimo em favor do credor fiduciário, não se pode dar sequência à ação de busca e apreensão, devendo a cobrança ocorrer nos outros moldes previstos em lei.

[...] III. Se as instâncias ordinárias reconhecem, após a apreciação de ações consignatória e de busca e apreensão, com fundamento na prova dos autos, que é extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo.<sup>211</sup>

No caso em tela, a ação de busca e apreensão foi proposta em razão do inadimplemento das parcelas 47,48,49 do contrato de alienação fiduciária em garantia firmado entre as partes, tendo observado o juízo, que o devedor havia quitado 95% do contrato, só restando as três últimas parcelas para o cumprimento total do contrato.

Naquela ocasião, o relator Desembargador Juraçy Persiani, no julgamento de recurso da apelação 0095956-17.2010.8.11.0000 95956/2010, pelo TJ-MT, manifestou seu entendimento, no sentido que:

A teoria do adimplemento substancial atua como instrumento de equidade, impondo que as partes deverão sempre buscar de forma equilibrada a satisfação dos interesses de ambos e, nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, afastar a possibilidade de resolução do contrato, permitindo-se tão-somente a propositura da ação de cobrança ou execução do saldo em aberto, isso porque, injusto seria para os contraentes resolver a relação contratual,

<sup>210</sup> BRASIL. (STJ, REsp 272.739/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8044489/recurso-especial-resp-272739-mg-2000-0082405-4-stj>. Acesso em 28/04/2021.

<sup>211</sup> BRASIL. (STJ - REsp: 912697 RO 2006/0282695-7, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 07/10/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2010). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17369974/recurso-especial-resp-912697-ro-2006-0282695-7>. Acesso em: 27 abril de 2021.

quando os efeitos do contrato permanecem intactos frente ao inadimplemento insignificante. (...) No presente caso, como já ressaltado anteriormente, quando o ingresso da ação havia sido adimplido 95% do contrato, ou seja, 56 das 60 parcelas ajustadas, caracterizado, portanto, o adimplemento substancial.<sup>212</sup>

O que se observa, é que apesar da aplicação da teoria do adimplemento substancial, impedindo a resolução do contrato e a retomada do bem, o direito do credor em buscar outras vias de cobrança, permanecem, não estando de forma alguma, isento o devedor do cumprimento total de sua obrigação.

Em outra oportunidade, na decisão proferida no Recurso Especial nº 469.577/SC, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decidiu-se que “Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.”<sup>213</sup>

Quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 607.406/RS, em uma situação de venda com reserva de domínio, o STJ decidiu que tendo o Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut sùmula 07/STJ.<sup>214</sup>

Trata-se de casos concretos mencionados, cuja avaliação do cumprimento, se deu pelo critério quantitativo, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça preocupou-se em analisar os percentuais pagos em relação ao total devido, para se decidir se o adimplemento foi substancial ou não.

Pela leitura que se faz, o que ocorre modernamente, é que além do critério quantitativo, que varia muito entre os tribunais, deve-se observar também, pontos como a boa-fé do devedor e sua pontualidade durante todo o percurso do pagamento

---

<sup>212</sup> BRASIL. op. cit. TJ-MT - APL: 00959561720108110000 95956/2010.

<sup>213</sup> BRASIL. STJ, REsp 469.577/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310). Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=%28STJ%2C+REsp+469.577%2FSC%2C+4%C2%AA+Turma%2C+Rel.+Min.+Ruy+Rosado+de+Aguiar%2C+julgado+em+25%2F03%2F2003%2C++DJ+05%2F05%2F2003%2C+p.+310%29>. Acesso em: 28 abril de 2021.

<sup>214</sup> BRASIL. (STJ, AgRg no Ag 607.406/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 09/11/2004, DJ 29/11/2004, p. 346). Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=%28STJ%2C+AgRg+no+Ag+607.406%2FRS%2C+4%C2%AA+Turma%2C+Rel.+Min.+Fernando+Gon%C3%A7alves%2C+julgado+em+09%2F11%2F2004%2C+DJ+29%2F11%2F2004%2C+p.+346%29>. Acesso em: 28 abril de 2021.

das obrigações contratuais, e em sendo observada a existência desses fatores, que somados a quantidade de parcelas adimplidas, estará sendo considerado também, para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a qualidade do adimplemento, ou seja, o interesse e a pontualidade do devedor durante o cumprimento da obrigação contratual.

#### 4.1. DOS CRITÉRIOS PROPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Ao tratar dos critérios de aplicação da teoria do adimplemento substancial, a 4ª turma do STJ demonstra algumas regras existentes no julgamento do Resp. 76.362/MT, e dentre elas, destacam-se, a) *a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes*, ou seja, do devedor na pretensão de pagar a dívida restante, bem como, do credor demonstrando o interesse em receber a totalidade do crédito; b) *o pagamento faltante ínfimo em se considerando o total do negócio*; no caso, a análise é feita verificando a quantidade e a qualidade do inadimplemento, determinando assim, a insignificância do mesmo; c) *a possibilidade de conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários*; aqui, além da análise da qualidade e quantidade do inadimplemento, deve-se averiguar também, o interesse do devedor em cumprir a obrigação faltante, bem como, a garantia do credor vir a receber o crédito faltante.

Ao tratar dos critérios para aferição do adimplemento substancial, Anderson Schreiber, expõe seu entendimento, no sentido de que o “atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial.”<sup>215</sup>

O STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.581.505-SC, em análise as decisões proferidas pelos tribunais de instâncias ordinárias, procurou determinar o ponto em que se poderia considerar o decaimento mínimo, para fins de se admitir a aplicação da teoria do adimplemento substancial, afastando assim os efeitos da mora, citando como exemplo, a) Atraso na última parcela, REsp. 76.362/MT.; b)

---

<sup>215</sup> SCHEREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007, p. 20.

Inadimplemento de 2 parcelas, REsp. 912.697/GO.; c) Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem, REsp. 469.577/SC.; d) Inadimplemento de 10% do valor total do bem, AgRg no AgREsp 155.885/MS. e, e) Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido, Resp. 1.051.270/RS.<sup>216</sup>

Pelo que se percebe, em análise aos julgados apontados acima, não existe uniformidade entre os tribunais, sendo que em cada caso concreto, deve-se avaliar a importância do inadimplemento para as partes, e pelo que argumenta Vivien Lys Porto, a “jurisprudência pátria ainda utiliza um critério amplo e indefinido, à primeira vista, ao admitir que a ausência do pagamento de ‘pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem’ configura o adimplemento substancial”<sup>217</sup>

Fica nítido por suas palavras, a ausência de uniformidade dos tribunais ao tratar da matéria, onde cada um estabelece uma análise diferenciada para situações semelhantes que chegam ao judiciário para julgamento.

Extrai-se ainda do Recurso Especial nº 1.581.505-SC, que,

a indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de 'escassa importância'. É o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, é necessário fazer uma advertência: a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes.<sup>218</sup>

Encontramos também no referido acórdão, outros requisitos para que possa ser admitida a teoria do adimplemento substancial, requisitos esses, que têm como base, a gravidade dos prejuízos sofridos em decorrência do descumprimento da obrigação, dizendo assim, que é necessário que se observe, “a) insignificância do

---

<sup>216</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.051.270. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 04/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800893455>. Acesso em: 26 abril 2021.

<sup>217</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

<sup>218</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.051.270. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 04/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800893455>. Acesso em: 26 abril 2021.

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.”<sup>219</sup>

Assim, a insignificância do inadimplemento, significa, que somente parte mínima da obrigação tenha deixado de ser cumprida. A satisfação do interesse do credor, pode ficar evidenciada, pela efetiva certeza de que o devedor irá cumprir com o restante da obrigação faltante, cumprindo integralmente o contrato e, a diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que ela se tenha operado imperfeitamente. Aqui, pode-se analisar como foi a conduta do devedor com as prestações anteriores, se pagou em dia as prestações, decaindo somente nas últimas parcelas, por motivos que possam ser justificados, demonstrando, que ele devedor, sempre agiu de boa-fé na execução de suas obrigações contratuais.

No que se refere ao interesse, que pode ser de origem diversa em uma relação obrigacional, é necessário, que se observe a relevância de cada um, bem como, o modo de como são considerados pelas partes e, as consequências por eles geradas.

Pela lição de Fabíola Albuquerque Santos, falando sobre a relevância do interesse, fundamenta, que “só mediante a ocorrência do inadimplemento fundamental é que se rende ensejo ao direito de resolução.”<sup>220</sup>

Vale a pena realçar, que de acordo com Orlando Gomes, “o interesse não precisa ser econômico, mas o objeto da prestação há de ter conteúdo patrimonial”<sup>221</sup> e ainda, como pontua Antunes Varela, “mesmo que o interesse do credor seja de natureza moral, espiritual, filantrópica ou recreativa, a obrigação pode constituir-se validamente, desde que a prestação, em si mesma considerada, seja suscetível de avaliação pecuniária.”<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.051.270. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 04/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800893455>. Acesso em: 26 abril 2021.

<sup>220</sup> SANTOS, Fabíola Albuquerque. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In: Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 233-243, p. 237.

<sup>221</sup> GOMES, Orlando. Obrigações / Orlando Gomes; atualizador Edvaldo Brito. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>222</sup> VARELA, Antunes. Direito das obrigações: Conceito, estrutura e função da relação obrigacional. Fonte das obrigações-Modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 90.

Apesar das dificuldades para se demonstrar em que situação e condições se caracterizaria o adimplemento substancial, sua aplicação sempre foi certa perante nossos tribunais, inclusive nos contratos que envolviam a alienação fiduciária em garantia, conforme poderemos observar nos julgados a seguir apresentados com posterior análise.

#### 4.2. DA ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PARA FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Nos julgados que apresentaremos a seguir, poderemos verificar os critérios que poderão ser utilizados quando da aplicação da teoria do adimplemento substancial, nos quais ficam evidenciada, a total possibilidade de acolhimento da teoria em estudo, sempre que no caso em julgamento, estiverem presentes os requisitos que serão apontados.

PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – Alegação de nulidade da r. sentença por falta de prova pericial – Matéria discutida que depende de interpretação contratual - Desnecessária a produção de outras provas – Presença dos elementos necessários ao julgamento antecipado da lide. Preliminar rejeitada. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISIONAL. INSTRUMENTO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. "Tabela Price" que não implica necessariamente em capitalização dos juros. Juros remuneratórios. Inexistência de abusividade. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. Apelantes que pagaram quantia superior a 86% da obrigação contratual. Percentual que admite a aplicação da teoria do adimplemento substancial. O adimplemento substancial constitui um adimplemento vinculado à parte derradeira da obrigação, o que afasta o direito de resolução, autorizando, contudo, que o credor promova outras formas para obter o seu adimplemento que não sejam desproporcionais, evitando-se, no caso concreto, a retomada do bem imóvel e realização de constrições judiciais. Precedentes deste E. TJSP. Recurso parcialmente provido.<sup>223</sup>

No presente caso, foi celebrado compromisso de compra e venda para a aquisição de bem imóvel, com pagamento previsto para 72 (setenta e duas) prestações, onde o comprador, adimpliu com 62 (sessenta e duas) prestações, tendo pago de forma parcial, a 63ª parcela, estando desde aí, inadimplente com o

---

<sup>223</sup> BRASIL. (TJ-SP - AC: 10141759020168260011 SP 1014175-90.2016.8.26.0011, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 28/02/2019, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/03/2019)

pagamento das demais parcelas, tendo cumprido então, com 86% do contrato havido entre as partes.

Entendeu o tribunal, que pelo fato de o devedor ter avançado no pagamento da dívida, em percentual superior a 86% da obrigação, era oportuna a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a qual impede que o contrato tenha sua resolução efetivada em razão do inadimplemento ocorrido. Essa restrição ao direito de resolução por parte do credor, segundo o julgado, é decorrente da função de controle do princípio da boa-fé objetiva, sem, no entanto, impedir que o credor possa se socorrer de outros modos judiciais para o recebimento do seu crédito, sem, contudo, utilizar de meios desproporcionais, como a retomada do imóvel.

Assim, entendeu o tribunal, que a quantidade adimplida pelo devedor, constituía em um adimplemento substancial, de modo, a impedir que o contrato fosse resolvido com o pedido de resolução efetivado pelo credor.

Também, consideraram com requisito para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a possibilidade de que através de outra forma de cobrança, o credor pode exercer seu direito de satisfazer seu crédito.

De fato, essa possibilidade existe, podendo ser exercida através de uma ação de cobrança, uma ação executiva etc., de modo, que o credor estará garantido em seu direito ao recebimento total do crédito previsto em contrato, sem que necessite se socorrer da medida extrema da retomada do imóvel.

No entanto, temos que observar, que somente dois requisitos foram utilizados pelos julgadores, quais sejam, a quantidade das parcelas pagas, e a possibilidade de o credor receber seu crédito de forma diversa a retomada do bem, o que nos parece serem insuficientes para tal decisão.

Em verdade, é temerária a utilização de somente esses dois requisitos, pois, o que se nota em referido julgado, é que a aplicação da citada teoria nesse caso, foi levado em conta, somente o critério quantitativo relativo ao pagamento do contrato, deixando o tribunal de observar, a qualidade do cumprimento das parcelas adimplidas, e ainda, a real vontade do devedor em pagar o restante da dívida, bem como, o interesse do credor, ou seja, se a prestação, ainda lhe será útil, ai sim, após a conjugação de todos os requisitos acima apontados, a aplicação da teoria não encontraria óbice algum, como se observa no julgado seguinte a ser analisado.

EMENTA - 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 substancial 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 descuidar 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.<sup>224</sup>

O presente caso, se trata de uma promessa de compra e venda e, de um aditivo contratual que juntos se somam R\$230.875,00, que deveriam ser pagos na forma estabelecida em tais documentos.

Foi apontado na petição inicial, inadimplemento que totaliza R\$70.450,00 (setenta mil, setecentos e cinquenta reais), sem a incidência dos juros e correções legais, montante esse, que restaram incontroverso nos autos, importando assim, em um inadimplemento de mais de 30% do contrato.

Pela análise do julgado, pode-se extrair, que não devemos nos pautar apenas no critério quantitativo para aferir se houve ou não um adimplemento substancial do contrato, pois, não existe uniformidade perante os tribunais, do que seja um adimplemento substancial quando se refere ao critério quantitativo.

Essa verificação da configuração do critério quantitativo, deve ser vista de acordo com cada caso particular, pois, o que pode parecer substancial para um, pode não o ser para outro, e o mesmo ocorre ao contrário, onde a substancialidade da prestação, pode ser detectada pela análise do caso em julgamento.

Aponta referido julgado, a necessidade de se avaliar a qualidade da extensão do cumprimento da obrigação, assim como, o interesse do credor. O julgado, não é

---

<sup>224</sup> BRASIL. (STJ - REsp 1581505 / SC 2015/0288713-7, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA Data do Julgamento:18/08/2016, Órgão Julgador:T4 - QUARTA TURMA, Data da Publicação: 28/09/2016)

contrário à aplicação da teoria do adimplemento substancial, no entanto, levanta a importância de que outros requisitos sejam levados em consideração para tal, tais como, o comportamento das partes durante o cumprimento do contrato; a pequena monta da inadimplência e a preservação do direito do credor no que se refere ao recebimento dos valores faltantes do contrato.

No presente caso, verificou-se, que houve inadimplência de 30% do valor do contrato, quantia essa, que segundo a decisão, não pode ser considerado como ínfima, ferindo assim o critério quantitativo, fazendo, com que a qualidade do cumprimento e o interesse do credor, sejam irrelevantes no caso, pois, os requisitos para a aplicação da teoria, não estão completos.

Relata ainda o julgado, sobre a necessidade de se garantir ao credor, a total satisfação de seu direito, possibilitando ao mesmo, o recebimento da quantia faltante, nessa mesma ação, não o obrigando ao ônus de ter que ingressar com uma nova ação para tal, devendo assim, o devedor saldar a parcela ínfima faltante nos próprios autos de origem, abrindo-se assim, um prazo hábil para que o adimplemento total seja realizado.

O que se entende pelo presente julgado, é que para a aplicação da teoria em análise, é necessário que estejam presentes todas as condições necessárias para tal, aí sim, justificando a intervenção judicial no contrato.

Pelo que se pode observar, a aceitação da teoria do adimplemento substancial em nossa doutrina e jurisprudência, era pacífica, desde que os critérios para sua aplicabilidade estivessem todos presentes, até que no ano de 2017, quando do julgamento do resp. nº 1.622.555/MG, o Superior Tribunal de Justiça, mudou seu entendimento, passando a não mais aceitar a aplicação da teoria do adimplemento substancial, nos casos em que o contrato de alienação fiduciária, for regido pelo Decreto Lei 911/69.

#### 4.3. DA ANÁLISE AO JULGAMENTO DO RESP. Nº 1.622.555/MG

Os motivos alegados em referido julgado para negar a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em casos de alienação fiduciária em garantia, foram vários, a começar pelo fato de não existir na legislação brasileira, uma clara previsão legal acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial. A partir do julgamento apontado, passou-se a existir séria divergência jurisprudencial sobre o

tema, o que antes não havia, uma vez, que via de regra, os julgados até então, eram favoráveis no sentido de se considerar possível a aplicação do adimplemento substancial, inclusive quando o contrato se tratava de alienação fiduciária, dando assim preferência a permanência do contrato em detrimento da sua resolução, já que a extinção, é a forma mais gravosa de interrupção contratual, o que ocorre quando se aplica a busca e apreensão.

Referido recurso, se originou de uma ação de busca e apreensão pelo Decreto-Lei 911/69 ajuizada pela financeira credora em face do adquirente devedor, o qual não efetuou o pagamento das 4 últimas parcelas de 48 contratadas. Estando a mora comprovada, requereu deferimento liminar de busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente, para que tivesse consolidada para si, a posse e propriedade plena do bem.

O juízo de primeiro grau, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, por considerar existente a falta de interesse e, pelo fato de a autora ter elegido via não adequada para satisfação de seu crédito, uma vez, que o devedor demandado, havia adimplido substancialmente o contrato, já que havia quitado 91,66% dos valores devidos.

Tendo sido proposta apelação, ela teve negado seguimento, devido a interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa, mantendo assim, a decisão de primeira instância.

Através de agravo regimental, conhecido pelo STJ, foi determinado a conversão do mesmo em recurso especial, ao qual, o Ministro Marco Buzzi, em seu voto vencido, deu provimento ao recurso especial, afastando a extinção do processo sem resolução de mérito, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, para que fosse realizada emenda a inicial, para que o crédito fosse satisfeito da forma menos gravosas ao devedor, ficando claro aí, a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Fundamentou seu voto, nos princípios da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422), da função social dos contratos (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884), deixando claro, que a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não faria desaparecer a dívida existente, permanecendo ao credor, o direito de cobrar o saldo devido, só que de uma forma menos gravosa ao devedor, evitando-se assim, a violação dos “ditames das

legislações adjetivas e substantivas, bem ainda, os ditames principiológicos norteadores do sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva.”

Os votos vencedores, foram dos Ministros Marco Aurélio Bellizze, Antônio Carlos Ferreira, Ministra Nancy Andrighi e, Maria Isabel Gallotti, que divergiram do voto vencido, alegando em síntese, ser imprópria a invocação da teoria do adimplemento substancial, com fundamento para afastar a possibilidade legítima que o credor possui de ação em promover a busca e apreensão do bem. Aponta, Marco Aurélio Bellizze, que a teoria, não possui previsão legal, ao passo, que o direito do credor, está previsto em lei específica, que o autoriza a promover a busca e apreensão, anotando ainda, que a aplicação da teoria do adimplemento substancial, acabara por enfraquecer o instituto da alienação fiduciária.

Por sua vez, o Ministro Antônio Carlos Ferreira, entendeu que não estavam presentes os requisitos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, pelo fato de não considerar como substancial, a falta de pagamento de 8% das parcelas devidas ao credor, ressaltando, que a utilização da medida, poderia avançar sobre direitos do credor, modificando as condições que em que foram estabelecidas na contratação. Diz ainda em seu voto, que é preciso que haja o pagamento integral da dívida, não havendo o que se falar em cumprimento substancial do contrato, para que o devedor possa evitar a consolidação da propriedade, em favor do credor, do bem móvel objeto de alienação fiduciária.

Tratando do caso em julgamento, a Ministra Nancy Andrighi, aponta, que o que rege a matéria é o decreto Lei nº 911/1969, e não pelo Código Civil, que cuida apenas da propriedade fiduciária de bens moveis infungíveis (arts. 1.361 a 1.368\_A do CC/02), dizendo ainda, que, não é possível impedir que a instituição credora, se valha da medida (busca e apreensão) prevista na lei especial 911/1969, e que essa privação, representa ofensa ao direito de acesso ao poder judiciário, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, tendo sido equivocada a extinção da ação de busca e apreensão.

Por fim, a Ministra Maria Isabel Gallotti, aduz em seu voto, que os princípios do CDC, são incompatíveis com o regime da alienação fiduciária, acabando com a garantia do credor fiduciário. Diz ainda, que a busca e apreensão, não ofende o princípio da boa-fé, porque essa prerrogativa é inerente a alienação fiduciária, aliada ao fato de que todos os contratantes têm ciência de antemão dessa possibilidade em

caso de inadimplemento. Diz ela, que o conceito de integralidade da dívida, é incompatível com a ausência de pagamento de alguma de suas prestações, mesmo que apenas uma delas e, que se o devedor não pode pagar a totalidade da dívida, não se pode privar o credor do exercício de seu direito de entrar com a ação de busca e apreensão.

Em que pese os argumentos lançados nos votos que determinaram a mudança de posicionamento do STJ, no Resp. 1.622.555/MG, acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial, passamos a realçar algumas considerações sobre eles.

Nas razões invocadas nos votos vencedores, eles não consideram o percentual de 8% faltante para o total adimplemento da obrigação, como sendo parcela ínfima a fim de se considerar como existente o adimplemento substancial do contrato, sendo que, no entanto, existem diversos outros julgados, do próprio STJ, os quais consideram como substancial, o adimplemento de percentuais superiores ao não aceito pelo Ministro, a título de exemplo, REsp. 469.577/SC, 20% de parcelas inadimplidas; AgREsp 155.885MS, 10% de parcelas inadimplidas, Resp. 1.051.270RS, 14% de parcelas inadimplidas, sendo claro, portanto, que esse argumento não pode prevalecer.

Importante também esclarecer, que ao contrário do previsto nos votos vencedores, o credor não terá o seu direito ao recebimento cerceado, uma vez, que poderá exercê-lo, só que de uma forma menos onerosa ao devedor, pois, ao contrário do que defende o STJ, a ação de busca e apreensão, tem sim a característica de rescindir o contrato, uma vez que a partir do momento em que o bem objeto de busca e apreensão, volta em definitivo para as mãos do credor, pode ele credor, alienar tal bem e satisfazer sua pretensão. Nesse caso, o contrato atinge sua extinção, pois o objeto da obrigação não mais existe, o que é possível somente graças a busca efetivada, que vem consignada no artigo 3º do Decreto- Lei 911/1969, artigo esse, que após ter sido alterado pela lei 10.931/2004, sofreu novas mudanças pela lei 13.043/2014, quando o STJ começou a concluir pela impossibilidade de se realizar a purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária.

Essa decisão, é totalmente contrária aos princípios da conservação dos contratos obrigacionais, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, onde por eles, se conclui, que a extinção forçada dos contratos, deve ser a última hipótese a ser utilizada no caso de inadimplemento do mesmo.

No que se refere a alegada ausência de previsão legal da teoria do adimplemento substancial, o que se pode dizer, é que embora não esteja prevista claramente em nosso ordenamento jurídico, ela sempre foi aplicada de forma reiterada pelos nossos tribunais, inclusive pelo STJ, como pode ser visto pelos inúmeros julgados dali provenientes, tendo como base legal de sua aplicação, a quantidade mínima de parcelas inadimplidas, a satisfação do interesse do credor, bem como, a boa-fé do devedor, onde se procura verificar como foi sua conduta durante o cumprimento do contrato, até a ocorrência do inadimplemento, que como dito, deve ser mínimo.

Pela análise do Código Civil vigente, é claro que não existe com pormenor, o tratamento de todas as situações contratuais, e até por isso, autoriza-se a utilização de princípios e cláusulas gerais, que servirão de base para a conduta das partes, numa relação contratual obrigacional, o que os obriga a agir com ética na condução, no cumprimento e, na resolução do contrato.

No entanto, não será pelo motivo, de a teoria do adimplemento substancial não estar prevista no decreto lei 911/1969, que ela não possa ser aplicada nos contratos ali regidos, uma vez, que em sendo o contrato pautado no mercado financeiro, adquire a qualidade de contrato de cunho consumerista, sendo então submetido as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Não se nega vigência às normas previstas no decreto-lei 911/1969, no entanto, o artigo 7º do CDC, admite que sejam aplicadas normas outras, em conjunto com as expressas no referido decreto-lei 911/1969, fazendo assim, que as regras da legislação especial, sejam aplicadas, mas garantindo ao consumidor a observação de todos os direitos que o ordenamento legal brasileiro lhe contempla.

O art. 7º do CDC enuncia que:

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Tendo a teoria do adimplemento substancial, base fundamental nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, os quais provém dos artigos 421 e 422 do Código Civil, ordenamento esse, que se trata de uma legislação interna ordinária, como destaca o artigo 7º do CDC (Código de Defesa do Consumidor), e em

sendo os contratos de alienação fiduciária em garantia, caracterizados como contratos de consumo, submetendo-se assim as regras do CDC, que preserva aos consumidores a aplicação de todos os direitos elencados na nossa legislação pátria, incluindo aí, as legislações ordinárias internas, e entre essas legislações, está o CC/2002, onde nele, estão encartados os artigos 421 e 422, que são os esteios da teoria do adimplemento substancial, sendo portanto, aplicáveis nos casos de alienação fiduciária em garantia.

Assim, o CC/2002 e o CDC, garantem a aplicação da teoria do adimplemento substancial, muito embora esta aplicabilidade não conste no Decreto-Lei 911/1969, sempre lembrando, que como estabelece o artigo 1º do CDC,<sup>225</sup> esta legislação consumerista, se trata de norma de ordem pública e de interesse social, sendo, portanto, aplicável em todas as relações de consumo, e dentre elas, se encontram os contratos de alienação fiduciária em garantia, não havendo assim, o que se falar em óbice à aplicação da teoria pela ausência de previsão legal, pois tal autorização se dá pelo CDC e pelo CC/2002, o que afasta em definitivo, os argumentos da ministra Maria Isabel Gallotti, que alegou em seu voto, que os princípios do CDC, são incompatíveis com o regime da alienação fiduciária, pois acabam com a garantia do credor fiduciário, posição essa, que não coaduna com a realidade, uma vez, todos os contratos que possuam cunho consumeristas, devem se submeter aos princípios previstos no CC e no CDC, sendo, que a teor do que descreve o artigo 1º do CDC, sua função é de garantir a aplicabilidade do CDC, o qual não se sujeita a cláusulas contratuais contrárias a sua incidência, uma vez, que é composto de normas de ordens públicas e de interesse social, sendo assim o CDC, norma e ordem pública constitucional.

Na esteira da doutrina de Paulo Lobo, o mesmo relata, que “os três princípios sociais dos contratos são comuns a todos os contratos, ainda quando não se configure o poder negocial dominante.<sup>226</sup> Acrescenta, ainda, que: “os princípios sociais do contrato, não eliminam os princípios individuais do contrato, a saber, o princípio da autonomia privada negocial, o princípio da força obrigatória (*pacta sunt servanda*) e o

---

<sup>225</sup> Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

<sup>226</sup> LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos / Paulo Lôbo. - . São Paulo. Saraiva, 2011. p. 67

princípio da relatividade dos efeitos do contrato; mas limitam, e conformam, profundamente, seu alcance e seu conteúdo.”<sup>227</sup>

Então, tanto os contratos que estejam previstos no Código Civil de 2002, assim como, aqueles previstos em legislação especial, devem se submeter aos princípios previstos no CC/2002 e no CDC, os quais regem as relações contratuais de consumo e as privadas.

Como é sabido, o contrato de alienação fiduciária, é previsto no Decreto-Lei 911/1969, o qual envolve como partes, as instituições bancárias e os seus clientes, que são os destinatários finais da alienação, formando assim, uma relação de consumo, com previsão no artigo 3º §2º do Código de Defesa do Consumidor,<sup>228</sup> que aliada a Sumula 297 do STJ<sup>229</sup>, faz com que qualquer cláusula contratual, se submeta “ao dever de transparência (Art. 4º, caput, do CDC) e boa-fé objetiva (Art. 4º, inc. III, do CDC)<sup>230</sup>.

O desembargador Roberto Freitas, ao analisar a relação que existe entre a instituição financeira e seus clientes, assevera, que:

De início, vejo no liame jurídico travado entre as partes relação de consumo, tendo em vista a submissão dos serviços de crédito e financiamento à proteção específica do sistema de defesa do consumidor, por expressa previsão dos arts. 2º e 3º do CDC, em conformidade com a Súmula 297 do STJ. A partir desse contexto, submetem-se as cláusulas contratuais ao dever

---

<sup>227</sup> Ibidem. p.67.

<sup>228</sup> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

<sup>229</sup> Súmula 297 do STJ - "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

<sup>230</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

de transparência (Art. 4º, caput, do CDC) e à boa-fé objetiva (Art. 4º, inc. III, do CDC).<sup>231</sup>

Por suas palavras, vê-se, que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de alienação fiduciária, ao contrário preceituado pelo STJ, é inconteste, como pode-se perceber no seu voto, ao tratar de caso envolvendo entidade financeira na prestação de seus serviços junto aos destinatários finais,

Este contexto reflete o status materialmente constitucional natureza jurídica da legislação consumerista que, ao abrigo direto do Arts. 5º, XXXII da Carta Magna, erige a legislação em apreço à categoria de cláusula pétrea em face de seu amoldamento subsuntivo tanto ao núcleo constitucional de direitos fundamentais constituídos no art. 5º, como, noutro plano, de sua integração ao fundamento constitucional de dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da CF/88). Essa configuração normativa, por seu turno, confere à legislação consumerista natureza de preceito de ordem pública (Art. 1º da Lei 8.078/1990) e cogente, a permitir sua aplicação ex officio, por parte do julgador, tendo em vista a estrita designação da lei à proteção e defesa do consumidor, elidindo, assim, toda e qualquer via de redução dos instrumentos processuais clássicos que podem obstaculizar a salvaguarda desse direito fundamental.<sup>232</sup>

Pela análise de diferentes julgados, onde critérios para a aplicação da teoria do adimplemento substancial foram criados, e com eles, em diversas situações a teoria em estudo foi aplicada sem restrição, em diversos tribunais regionais, inclusive pelo STJ, fica evidente, que a repentina mudança de leitura do tema feita pelo STJ, foi totalmente contrária a lógica até então aceita. Os argumentos utilizados para justificar a mudança, não mais admitindo a aplicação da teoria do adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária, como vimos, não se sustentam e, a não observância e total desconsideração aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, é flagrante, sendo o desrespeito e negativa de vigência das disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor, é notório, de modo que o posicionamento por ele adotado e sustentado até aqui, é totalmente equivocado, merecendo que seja repensado e corrigido, afim de que ordem jurídica possa voltar a se impor.

---

<sup>231</sup> BRASIL. Classe do Processo: 07101937120178070000 - (0710193-71.2017.8.07.0000 - Res. 65 CNJ) Registro do Acórdão Número: 1080702 Data de Julgamento: 07/03/2018 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível Relator: ROBERTO FREITAS Data da Intimação ou da Publicação: Publicado no DJE: 06/04/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.

<sup>232</sup> Op. cit. ROBERTO FREITAS. Pág.: Sem Página Cadastrada.

## CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho dissertativo foram estabelecidas premissas as quais nesta oportunidade são devidamente reproduzidas. Para chegar ao resultado pretendido, primeiro, tratamos daquele instrumento, que tem como finalidade, regular as relações os contratantes, visando prevenir que eventuais desacordos, se resolvam de forma violenta ou desproporcional entre os sujeitos envolvidos na relação contratual obrigacional, colocando assim, uma limitação no exercício de direitos oriundos de uma relação negocial, na qual, geralmente, o credor se excedia em suas prerrogativas adquiridas em relação ao devedor, o qual ficava totalmente submetido à vontade do credor.

Assim, atualmente, não podemos ver a obrigação somente sob a ótica do código civil, não imperando mais o interesse do credor em detrimento do devedor, devendo assim, ocorrer o equilíbrio de direitos e deveres entre credores e devedores.

No segundo capítulo, observamos que os novos princípios vieram em substituição aos que vigiam anteriormente, impondo direitos e deveres antes, durante e após a relação negocial, propiciando a existência uma relação justa e equilibrada entre os contratantes, humanizando a relação contratual, sem excluir a liberdade dos contratantes.

Com o advento do código civil de 2002, evidenciou-se o princípio da função social do contrato, que fundamentada no artigo 5º, XXII e XXIII, e 170, III da Constituição Federal de 1988, e, tendo em vista, a prevalência da justiça social, ficou patente, que em havendo divergência entre interesse particular e social, prevalecerão os interesses sociais, deixando claro, que o interesse particular não está sendo suprimido, mas é limitado através da intervenção do estado, que visa o equilíbrio entre o interesse particular e o coletivo, não se exclui a função individual do contrato, mas sim, conforma-o, criando assim um equilíbrio contratual, através da prevalência do interesse do todo sobre o individual.

No que se refere a boa-fé, demonstrou-se, que ela está intimamente ligada à ética e a moral, sendo estudada, sob dois sentidos, o subjetivo e o objetivo, referindo-se a boa-fé subjetiva, a esfera interna da pessoa, operando no seu plano de consciência, relacionando-se com a moral, e já se apresentava no código civil de 1916.

Ficou patente, que a boa-fé objetiva, foi introduzida no CC/2002, através do artigo 113, sendo que ela, está ligada a cláusulas gerais que estão implícitas nas

relações contratuais onde se leva em conta, a intenção e o comportamento pelos contratantes, onde deve imperar os deveres de probidade, lisura e lealdade entre outros.

Verifica-se ainda, que agir de boa-fé, é um dever das partes, quando de uma realização negocial contratual, é o agir de forma correta, ética, não só antes da realização do negócio, assim como durante e depois de sua concretização, devendo agir de forma ética e correta, em suas atitudes perante contratantes e terceiros interessados de qualquer modo no negócio, cuidando, para que desde a fase pré-negocial até a fase pós conclusão do negócio, prevaleça o sentido de lealdade e cooperação que deve existir entre as partes.

Na continuidade, ficou evidenciado, que o princípio da boa-fé objetiva possui três funções, sendo a *interpretativa*, na razão de ser um critério para se estabelecer o sentido e alcance da norma, a *integrativa*, nos sentido de que se constitui em princípio normativo a que se recorre pra preencher eventuais lacunas, e ainda, uma função *limitadora de direitos subjetivos*, principalmente no campo da autonomia privada, sendo que esta, de acordo como artigo 187 do CC/2002, que procura reduzir os direitos individuais dos contratantes, obrigando o agente a agir de conformidade com a função econômica e social, orientando-se ainda pelos bons costumes, evitando assim, a ocorrência de abusos de direitos, que possam acarretar danos ilegais aos participantes do liame negocial contratual.

Com relação aos deveres anexos a boa-fé, foi destacado os deveres de cuidado em relação à outra parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão, observando-se, que a honestidade é a chave para o cumprimento de todos os deveres anexos a boa-fé, não se podendo dissociar o agir de boa-fé, com o dever de honestidade, não existindo meio de ser honesto e não agir de boa-fé, pois honestidade e boa-fé, andam juntas, estando assim, intimamente ligadas entre si.

O princípio da equivalência material, vem a garantir, que exista a plena igualdade entre as partes contratantes, quando da realização de um negócio jurídico. Busca-se através de sua aplicação, a correção de eventuais injustiças de desproporção de direito entre as partes contratantes, harmonizando seus interesses e evitando prejuízos a qualquer das partes envolvidas na relação contratual,

estabelecendo-se a realização da justiça contratual, sem que o contrato perca sua obrigatoriedade, mantendo-se assim, a segurança jurídica.

Assim, resta evidenciado, que os princípios da função social do contrato; da boa-fé objetiva e, da equivalência material, procuram propiciar a manutenção do contrato, limitando a atuação e evitando abusos no exercício de seu direito por parte do credor, sem, contudo, isentar o devedor do cumprimento total da obrigação ao credor, nos casos em que ocorra o inadimplemento de parcela ínfima do contrato, garantindo, maior equilíbrio entre as partes.

No terceiro capítulo, são expostas as diversas forma de inadimplemento, e suas consequências, tal como o patrimônio do devedor, que poderá servir de garantia ao cumprimento da obrigação, assim como a mora e seus efeitos, que como visto, poderá ser tanto do devedor, quanto do credor.

Como descreve o Decreto-Lei 911/1969, ocorrendo o inadimplemento da obrigação, o credor possui a faculdade de escolha entre buscar a apreensão do bem dado em garantia, ou promover a execução do contrato, e via de regra, o credor opta pela busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, opção essa, que demonstra o uso da forma mais traumática de solução do processo, quando, deveria a busca e apreensão, ser a última possibilidade, só sendo utilizada, após esgotadas todas as outras possibilidades de tentativa de recebimento do crédito que é devido ao credor.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial, além de proteger o devedor de credores que se utilizam da inadimplência do devedor, para obter vantagens, visa que os contratos sejam preservados, alcançando seu fim, com a possibilidade do devedor adimplir o restante ínfimo da dívida. Sua aplicação, não significa uma “autorização” para que os devedores não paguem o contrato em sua integralidade, mais sim, visa garantir que o credor possa cobrar o que lhe é de direito sem se socorrer da forma mais drástica que é a busca e apreensão, já que outras medidas judiciais podem ser tomadas para a garantia do recebimento do crédito faltante, a título de exemplo, a ação de cobrança, a execução do contrato, a indenização etc.

A escolha pelo credor, da forma mais onerosa/prejudicial ao devedor, revela por sua parte, a ausência do cumprimento dos deveres anexos a obrigação, que deveria ser observado desde a fase inicial até a fase pós-contratual, auferindo-se daí, que nessa situação o dever de cooperação que deve existir entre as partes contratantes, passou longe de existir, e com isso, deixa o credor, também de obedecer

aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, tornando o decreto-lei 911/69, em um verdadeiro instrumento que atua contra a manutenção dos contratos, bem como, um meio pelo qual se autoriza que a parte credora possa agir de forma a produzir um desequilíbrio contratual.

Constatou-se, que no Brasil, a teoria do adimplemento substancial sempre foi aceita pela doutrina e pela jurisprudência, tanto as regionais, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. Para a sua aplicação, os tribunais sempre se pautaram pelo critério quantitativo, verificando a quantidade de parcelas contratadas, e o número de parcelas inadimplidas e, nos casos em que se verificar que a inadimplência foi ínfima, ou seja, que o cumprimento chegou muito perto do final, a ponto de não justificar a resolução do contrato, a teoria é aplicada, afim de se preservar o negócio, e ao mesmo tempo, propiciar que o credor busque formas alternativas de receber o crédito faltante.

Além da quantidade de parcelas adimplidas, verifica-se pelos julgados em análises nesse trabalho, a necessidade que se observe a qualidade do cumprimento até então realizado pelo devedor, se foi diligente no cumprimento do contrato até ali, pagando corretamente as prestações; qual o motivo que o levou ao inadimplemento na fase final do contrato; se sempre cumpriu os deveres anexos ao contrato, se possui a verdadeira pretensão de adimplir totalmente a obrigação contratual, a garantia de que o credor não precisará entrar com nova ação para receber o seu crédito faltante, para só então, aplicar a teoria do adimplemento substancial.

Com o julgamento do Resp. nº1.622.555/MG, o STJ mudou o seu posicionamento, passando a não mais admitir a teoria do adimplemento substancial, nos casos de alienação fiduciária em garantia, sustentando, que o decreto-lei 911/69, não prevê a sua hipótese de aplicação, assim como, não existe em nossa legislação, nada que autorize o sustente a teoria. Sustentam os ministros, que não se pode afastar o direito legítimo de que o credor promova a ação de busca e apreensão, já que existe previsão expressa no decreto lei 911/69 para tal, e ainda, que a busca e apreensão, não se confunde com a ação rescisória do contrato. Afirmam ainda, que os princípios do CDC, são incompatíveis com o regime da alienação fiduciária, e que a busca e apreensão não ofende o princípio da boa-fé devido ao fato, de que é faculdade do credor, garantido pelo decreto-lei 911/69.

Ao contrário do que apregoa o STJ, para justificar seu novo posicionamento acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária em garantia, os argumentos lançados no julgado não se sustentam, pois, o credor não

terá o direito de receber seu crédito cerceado, uma vez, que poderá utilizar-se de outros meios mais brandos de cobrança, para receber seu crédito, sendo certo, que a busca e apreensão, ofende ainda, os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, uma vez, que a extinção forçada do contrato, deveria ser a última hipótese em casos de inadimplemento.

Inegável que a previsão legal para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, esta inserta em nossa legislação ordinária interna, Código Civil Brasileiro (CCB), e muito embora não esteja previsto no decreto lei 911/69, este decreto, deve submeter-se as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC), já que o contrato de alienação fiduciária em garantia, possui cunho consumerista, como pode-se ver do artigo 7º do CDC.

Estando consubstanciada no princípio da boa-fé objetiva e na função social do contrato, oriundos dos artigos 421 e 422 do CCB, que aliás, se trata de uma legislação ordinária interna, tal qual destaca o artigo 7º do CDC, e, pelo fato de que os contratos de alienação fiduciária em garantia, possuem características consumeristas, submetendo-se assim, às regras do CDC, garante aos consumidores, a aplicação de todos os direitos nas legislações internas pátrias, a título de exemplo, o CCB/2002, no qual estão encartados os artigos 421 e 422, que são as bases da teoria do adimplemento substancial.

Assim, a autorização para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, esta prevista tanto no CCB, quanto no CDC, e o fato de não estar prescrito no decreto lei 911/69, nada interfere na possibilidade de sua aplicação, pois, analisando o artigo 1º do CDC, trata-se o Código de Defesa do Consumidor, de norma de ordem pública e de interesse social, aplicando-se assim, em todas as relações de consumo e, como visto, o contrato de alienação fiduciária em garantia, se trata de um relação consumerista, abrangida pelo CDC, não havendo o que se falar em ausência de previsão legal para a aplicação da teoria em análise.

A mudança de postura do STJ, bem como as justificativas dos votos vencedores no Resp. 1.622.555/MG, não se sustentam. A decisão de não mais admitir a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos casos de alienação fiduciária, tendo como base o decreto -lei 911/69, soa como uma verdadeira afronta aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, pois, ao privilegiar a legislação especial, incorre o STJ, em verdadeiro equívoco, pois, da validade plena a um decreto lei, desprezando os princípios de cunho constitucional e de ordem pública,

acima citados, princípios esses, que devem se sobrepor a todos os tipos de relação contratual obrigacional, seja de ordem privada ou de ordem de consumo, restando claro, a necessidade de que o STJ, reveja seu posicionamento atual, restabelecendo a posição que melhor se adequa a realidade, qual seja, que volte a reconhecer a possibilidade da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial também nos casos que envolvam a alienação fiduciária em garantia, repensando e corrigindo o entendimento sobre a matéria, reestabelecendo a ordem jurídica.

## REFERÊNCIAS

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>.

Acesso em: 01 de fevereiro de 2022.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 5.ed. rev., atual. e aum. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução/Francisco Amaral. – 6.ed. rev., atual. e aum. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório in TARTUCE, Flavio. CASTILHO, Ricardo. (coordenadores) Direito Civil – Direito Patrimonial e Direito Existencial, São Paulo: ed. Método, 2006, p. 4.

ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil Teoria Geral – Coimbra, 2002,

ASSIS, Olney Queiroz. Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé (objetiva). Uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6349>. Acesso em: 26 ago. 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Princípios Gerais de Direito Contratual, 1997, p. 100, apud Luiz Edson Fachin, Teoria Crítica do Direito Civil, Rio de Janeiro; Renovar, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações. 10, ed. São Paulo: Atlas, 2004

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil / Álvaro Villaça Azevedo. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, Antônio J. Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: ed. Saraiva, 2004, págs. 58 e seg.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de Exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: Revista dos Tribunais, vol. 750. São Paulo, abril, 1998.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 17 de maio 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969. Brasília, DF. Acesso em: 17 de maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Acesso em 17 de maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 1581505 / SC 2015/0288713-7, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA Data do Julgamento:18/08/2016, Órgão Julgador:T4 - QUARTA TURMA, Data da Publicação: 28/09/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.051.270. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em: 04/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800893455>. Acesso em:26 abril 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 953.389. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em: 23/02/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701157039&v=00000000000>. Acesso em:26 abril 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 912697 RO 2006/0282695-7, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 07/10/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17369974/recurso-especial-resp-912697-ro-2006-0282695-7>. Acesso em: 27 abril de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº1.636.692 – RJ (2014/0316494-4), Órgão Julgador, T3 - Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de julgamento: 12/12/2017, Data de Publicação: 18/12/2017. Acesso em 12 abril de 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (TJ-RS - AC: 588012666 RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Data de Julgamento: 12/04/1988, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 12/04/1988. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5263708/apelacao-civel-ac-588012666-rs-tjrs>. Acesso em: 27 abril 2021.

BRASIL. (TJ-MG - AC: 10210120073908001 MG, Relator: Batista de Abreu, Data de Julgamento: 13/03/2014, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/03/2014). Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119583104/apelacao-civel-ac-10210120073908001-mg>. Acesso em 27 de abril de 2021.

BRASIL. (TJ-MT - APL: 00959561720108110000 95956/2010, Relator: DES. JURACY

PERSIANI, Data de Julgamento: 17/08/2011, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/08/2011). Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/330204039/apelacao-apl-959561720108110000-95956-2010/inteiro-teor-330204057>. Acesso em: 27 abril 2021.

BRASIL. TJ-DF - Classe do Processo: 07101937120178070000 - (0710193-71.2017.8.07.0000 - Res. 65 CNJ) Registro do Acórdão Número: 1080702 Data de Julgamento: 07/03/2018 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível Relator: ROBERTO FREITAS Data da Intimação ou da Publicação: Publicado no DJE: 06/04/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. TJ-SP - AC: 10141759020168260011 SP 1014175-90.2016.8.26.0011, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de Julgamento: 28/02/2019, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/03/2019.

BRASIL. TJ-MG - AI: 10456130072923002 MG, Relator: Kildare Carvalho, Data de Julgamento: 03/03/2020, Data de Publicação: 06/03/2020.

BRASIL. (TJ-RS - AC: 50092895020188210010 RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 27/09/2021, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 01/10/2021).

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substância no direito brasileiro e em perspectiva comparativa. Rev. da. Fac. Direito UFRGS, Porto Alegre, 9(1): 60-77, nov. 1993

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. Estudos sobre humanidade: uma antologia de ensaios. Tradução Rosaura Eichenberg: São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico; tradução: Servanda editora. Campinas, SP. 2008

BEVILAQUÁ, Clovis. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Rio (edição histórica), 1977

BUZZI, Marco. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1622555. Disponível: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439904571/recurso-especial-resp-1622555-mg-2015-0279732-8/inteiro-teor-439904605>>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.

CALABRIA, Carla Richelly de Oliveira Calabria . A relação entre o abuso do direito e a função limitativa da boa-fé objetiva nas relações contratuais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5733, 13 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71147>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. Disponível em: [https://www.academia.edu/34737069/DA\\_LIBERDADE\\_DOS\\_ANTIGOS\\_COMPARA\\_DA\\_A\\_DOS\\_MODERNOS](https://www.academia.edu/34737069/DA_LIBERDADE_DOS_ANTIGOS_COMPARA_DA_A_DOS_MODERNOS). Acesso em 01/02/2022

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

DANTAS JUNIOR, Adelmiro Rezende. O direito de vizinhança. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DANTAS JUNIOR, Adelmiro Rezende. Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé. Curitiba: Juruá, 2008.

DONIZETE, Elpidio. Curso didático de direito civil/Elpídio Donizetti; Felipe Quintella. – São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de, Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de, Curso de direito civil: parte geral e LINDB/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal-16. ed. ver. E atual.. – Salvador: ed. Ver. Ampl. E atual. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ed. Curitiba: Juruá, 2011

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. 1: parte geral, 14. ed. Ver. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012,

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 2 : obrigações / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GARBI, Carlos Alberto. O adimplemento da obrigação e a intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé. 2010. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GOMES, Orlando. Contratos. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. Obrigações / Orlando Gomes; atualizador Edvaldo Brito. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Autonomia privada e liberdade contratual. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2397, 23 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14238>. Acesso em: 12 dez. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil: direitos reais. 8 ed. São Paulo: atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume 3: contratos e atos unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das obrigações /, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Renato Duarte Franco de Moraes. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito Civil; 2) orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka

JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.56, p.141-155, 2012 – Acesso em 10 de dezembro 2020

LEITE, Gisele, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/roteiro-do-principio-da-boa-fe-objetiva/>, 2010. Acesso em 19 de agosto 2020.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Acesso em 20/12/2020.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito civil. Vol. 3. 3.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 41)

LOBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo. Saraiva, 2005.

LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos / Paulo Lôbo. - . São Paulo. Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2796>. Acesso em: 11 dez. 2021.

MACHADO, João Baptista; CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. Coimbra, In: Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra Editora, nº 3718-3729, 1985.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, volume 5: teoria geral dos contratos/ Gladston Mamede. – São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUESI, Roberto Wagner. Manual dos direitos reais./ Roberto Wagner Marquesi./ Curitiba; Juruá, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith e Carlos Branco, Gerson Luiz, Diretriz Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In : Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale /Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação / Judith Martins-Costa. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELGARÉ, Plínio. A autonomia privada e a equivalência material do contrato: a lesão e a revisão contratual. O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador); Adalberto Pasqualotto ... [et al.]. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato Jurídico: Plano da existência. São Paulo. Editora Saraiva, 2013

MENDES, Diego Ferreira. A vedação ao comportamento contraditório. Disponível em:<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc05.pdf?d=636808303311010431>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. Da Boa Fé no Direito Civil, Livraria Almedina: Coimbra, v. II, 1984.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e DA FRADA, Manuel Carneiro. Da inadmissibilidade da recusa de rectificação por venire contra factum proprium. Separata da Revista “O Direito”. Ano 126º, III- IV, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: parte geral. 39. ed. Atualiz. Ana Cristina de Barros Monteiro Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1 e v.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4, p.8.

MOURA CORDEIRO, Eros Belin de & MOURA CORDEIRO, Noemia P.F. de. Dignidade jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia. In: TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (orgs.). Diálogos sobre o direito civil: volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NADER, Paulo. Curso de direito civil. v. 3: Contratos – 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOVAES, Gretchen Lückeroth. Boa-fé objetiva: deveres acessórios e a pós-eficácia das obrigações. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2569, 14 jul. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/16989>. Acesso em: 4 fev. 2021.

PERIN JUNIOR, Ecio. A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil face ao projeto do novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/518>. Acesso em: 31 jan. 2022.

PERLINGIERI, Pietro, Perfis de Direito Civil; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002

RAWS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel, O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais/Miguel Reale. – São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. - Lições Preliminares de Direito/ Miguel Reale, 27ª edição ajustada ao novo Código Civil, 7ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo, Direito das obrigações: Lei 10.406, de 10.01.2002/ Arnaldo Rizzardo – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 435

RODRIGUES, Silvio (Direito Civil – Parte Geral das obrigações, 6. Ed., v. 2 p. 261-262)

ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra - Almedina, 2009

ROPPO, Enzo. *Il Contratto*. Bolonha: Il Mulino, 1977. Tradução Portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988

ROPPO, Enzo. 1947. O Contrato. Edições Almedina, 1947 - Lisboa

ROPPO, Vincenzo. 2009. El Contrato. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Lima, Gaceta Juridica.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 467.

SCHEREIBER, Anderson, Manual de direito civil contemporâneo/Anderson Schreiber. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUETÔNIO, Caio Suetônio Tranquilo (Gaius Suetonius Tranquillus) ou simplesmente Suetônio, ca. 69-ca. 122. As vidas dos doze Césares: Julio César, Augusto, Tibério, Calígula, Cláudio, Nero, Galba, Óton, Vitélio, Vespasiano, Tito, Domiciano / Suetônio. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012. 320 p.: il. – (Edições do Senado Federal; v. 171) p. 48.

TARTUCE, Flavio. A teoria do adimplemento substancial na doutrina e jurisprudência. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flavio. *A boa-fé objetiva e os amendoins: Um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório (venire contra factum proprium non potest)* Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 02 jul 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/115/a-boa-fe-objetiva-e-os-amendoins-um-ensaio-sobre-a-vedacao-do-comportamento-contraditorio-venire-contra-factum-proprrium-non-potest>. Acesso em: 02 jul 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil: obrigações / texto e coordenação Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021 – e-book

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. Teoria e Prática das Obrigações / Adauto de Almeida Tomaszewski – Co-autores: Agenor D. Lovato Cogo Jr; Celito de Bona; Mauro Henrique Veltrini Ticianelli – São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, 9. ed., Coimbra: Almedina, 1996, v. 1, p. 80.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral/Sílvio de Salvo Venosa. – 7. Ed. - São Paulo: Atlas, 2007. – (Coleção direito civil; v. 1)

VENOSA, Silvio de Salvo. Código civil interpretado/ São Paulo: Atlas, 2010.