

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**PERSPECTIVAS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: O ADIMPLEMENTO
SUBSTANCIAL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE MÚTUO**

Antonio Bernardo Cabral Marques Cheskis

RIO DE JANEIRO

2017

Antonio Bernardo Cabral Marques Cheskis

PERSPECTIVAS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: O ADIMPLEMENTO
SUBSTANCIAL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE MÚTUO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Cláudia Franco Corrêa.

RIO DE JANEIRO

2017

CIP - Catalogação na Publicação

C524p Cheskis, Antonio Bernardo Cabral Marques
Perspectivas da função social do contrato: o
adimplemento substancial no âmbito dos contratos de
mútuo / Antonio Bernardo Cabral Marques Cheskis. --
Rio de Janeiro, 2017.
62 f.

Orientadora: Cláudia Franco Corrêa.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Função social do contrato. 2. Adimplemento
substancial. 3. Contrato de mútuo. I. Corrêa,
Cláudia Franco, orient. II. Título.

CDD 342.1485

ANTONIO BERNARDO CABRAL MARQUES CHESKIS

**PERSPECTIVAS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: O ADIMPLEMENTO
SUBSTANCIAL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE MÚTUO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Cláudia Franco Corrêa.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Cláudia Franco Corrêa – professora orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Ao meu avô, por me ensinar o valor da educação e dos estudos, por incentivar em mim o amor às palavras e pelo exemplo de vida que me deu.

Aos meus pais, por todo o apoio e carinho, pelos valores que me moldaram e pela dedicação, todos os dias da minha vida.

À minha irmã, minha primeira professora, por provocar em mim os sentimentos de orgulho e coragem.

À família, por ser porto seguro e sempre presente.

Aos amigos, a família que escolhi, por serem parte de mim e por permitirem que seja parte deles.

À Faculdade Nacional de Direito, por abrir meus olhos e moldar meu caráter, pela experiência vivida e pelos amigos feitos, pela educação e pelos professores, por ser, para sempre, casa.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é estudar de que maneira o novo princípio da função social do contrato se relaciona com a teoria do adimplemento substancial no âmbito dos contratos de mútuo, mais especificamente, nos contratos bancários de mútuo. Para isso, são explorados os conceitos elementares da teoria clássica do contrato, seus princípios tradicionais e sua evolução conforme novos paradigmas civis-constitucionais. Além disso, são trabalhados os conceitos de adimplemento e adimplemento substancial, com uma análise histórica de seu surgimento nos tribunais ingleses sob a *common law*. Adicionalmente, adentrando a parte específica do trabalho, apresenta-se a definição de contrato de mútuo e uma análise focada nos contratos de mútuo bancário feneratício. Por fim, todos os conceitos apresentados são entrelaçados de modo a evidenciar a relação entre o princípio da função social do contrato e o adimplemento substancial, tomando os contratos de mútuo bancário feneratício como base para tal ligação.

Palavras-chave: função social do contrato; adimplemento substancial; teoria do adimplemento substancial; contrato de mútuo; mútuo bancário; mútuo feneratício; princípios contratuais.

ABSTRACT

The object of this work is to analyze in which ways the new principle of the social function of the contract relates to the substantial performance theory within the scope of loan agreements, more specifically, bank loan agreements. In order to do so, the elemental concepts of the classic contract theory are explored, along with its principles and its evolution, according to the new civil-constitutional paradigms. In addition, the work explores the concepts of performance and substantial performance with an analysis of its origin in the English courts under the common law. Additionally, referring to the specific parts of this work, it presents the definition of loan agreements and a focused analysis of the bank loan agreements accruing interest. Finally, all concepts presented herein are intertwined in order to evidence the relation between the principle of the social function of the contract and the substantial performance theory, taking as ground for this connection, the bank loan agreements accruing interest.

Keywords: social function of the contract; substantial performance; substantial performance theory; loan agreements; bank loan agreements; loan agreements accruing interest; contract principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O ESTUDO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEU TRATAMENTO PELA DOUTRINA	13
1.1. O conceito de contrato.....	13
1.2. Do acordo de vontades de acordo com a teoria clássica	14
1.3. Da liberdade contratual	16
1.4. A constitucionalização do direito civil como fundamento dos novos princípios contratuais	19
1.5. Os novos princípios contratuais: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social	22
1.5.1. Boa-fé Objetiva	22
1.5.2. Equilíbrio Econômico do Contrato.....	23
1.5.3. A função social do contrato.....	24
1.6. A falsa isonomia do contrato e os novos princípios contratuais	25
1.7. A função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro	26
1.8. A contraposição da função social do contrato e dos princípios clássicos contratuais de acordo com a doutrina contemporânea	30
2. DO ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES.....	33
2.1. A solução ideal das relações obrigacionais	33
2.2. O objeto do pagamento	35
2.3. Raízes da teoria do adimplemento substancial.....	37
2.4. A teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro	39
2.5. Dos requisitos para configuração do adimplemento substancial.....	42
3. O CONTRATO DE MÚTUO NO CONTEXTO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	45
3.1. Conceito e características	45
3.2. O mútuo feneratício bancário e o desequilíbrio contratual	47
3.2.1. Conceito de mútuo feneratício	47
3.2.2. O desequilíbrio nos contratos bancários de mútuo.....	50
3.3. As garantias nos contratos de mútuo	51
3.3.1. A possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial.....	53
3.3.2. A base para aplicação da teoria do adimplemento substancial.....	54
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

O princípio da função social dos contratos representa grande evolução do Direito no sentido de perceber, na relação inter partes, o interesse do Estado e da sociedade, de modo geral, que aquela relação econômica observe a ordem social e moral vigente, de forma a resguardar a parte mais vulnerável da relação contratual de eventuais abusos por conta da parte mais dominante.

Como se verificará, essa evolução não se deu de maneira suave ou rápida. Não foi uma abrupta ruptura do Direito com o status quo anterior, mas uma longa e trabalhosa reflexão no sentido de abandonar a visão pura da teoria clássica de que o contrato somente interessa as partes que o integram e passar a perceber que o contrato, mesmo como fenômeno econômico se insere num contexto social e merece atenção especial dos operadores do Direito.

Nesse sentido, não é simples o pensamento de que se deixa para trás os princípios clássicos da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, até porque não é o que ocorre de fato. Com o surgimento dos novos princípios contratuais (dentre os quais a função social do contrato), não se abandonam, nem tampouco perdem o efeito os princípios clássicos da teoria contratual.

Na verdade, o que ocorre é uma mitigação de seu valor absoluto, ao passo de que passa a se reconhecer que há valores extrínsecos ao contrato em si que devem ser levados em consideração na avaliação daquela relação contratual específica. Valores esses que o Direito passa a se preocupar em preservar a partir do advento do Estado social como sucessor do Estado liberal.

No Estado liberal sim, o caráter econômico do contrato prevalecia no tratamento da relação jurídica, almejava-se a preservação daquela relação e da consecução do objeto do contrato com base nos princípios do *pacta sunt servanda*, autonomia da vontade e da intangibilidade dos contratos.

Contudo, conforme destacado, o advento do Estado social mudou a perspectiva sobre os contratos ao passo que passou a vislumbrá-lo num contexto mais amplo do que somente a relação entre as partes: o contexto social.

Essa perspectiva não se construiu somente para o direito contratual, das obrigações ou tão somente o direito civil. Na verdade, a evolução se deu em todos os ramos do direito, na medida em que o centro do ordenamento jurídico, a constituição, passou a refletir essa mudança de perspectiva e adotou um caráter mais protetivo e preocupado com o cidadão.

Assim, princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia substancial tomam lugar de destaque no ordenamento jurídico. Tais princípios têm reflexo em todas as áreas do direito, tendo em vista que a constituição ocupa o centro gravitacional do ordenamento jurídico, de forma que todas as normas devem estar em harmonia com a carta constitucional.

Destarte, novos princípios que refletem a vontade constitucional se fazem presentes também nas disciplinas do direito civil, como, no caso dos contratos, os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio das partes e da função social dos contratos.

Estes princípios demonstram a preocupação do legislador (e dos operadores do direito, de forma geral, tendo em vista sua exaltação na doutrina e jurisprudência) em construir uma visão dos contratos que vá além da perspectiva inter partes, adquirindo o instrumento contratual relevância social. A grande demonstração disso no Código Civil é a redação do artigo 421, quando determina que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Conforme apontado anteriormente, contudo, isso não significa que os princípios da teoria clássica dos contratos perdem o sentido ou a eficácia. É claro que o princípio da autonomia da vontade permanece, assim como o do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos.

Todavia, eles deixam de ser interpretados como princípios absolutos, admitindo o direito que eles sejam relativizados em função dos novos princípios contratuais. De forma que a teoria contratual clássica passe a dialogar com a nova visão civil-constitucional do direito e determinando que o caráter econômico do contrato não se sobreponha aos valores morais e à ordem social.

Isso não poderia ser diferente, é claro, porque o objetivo maior do contrato continua sendo o adimplemento das obrigações nele assumidas. É inconcebível que as partes celebrem um contrato de boa-fé já vislumbrando o descumprimento das avenças pactuadas. Não faz sentido prático ou econômico.

O sentido lógico de todo contrato é que ele caminhe para o cumprimento integral das obrigações nele estabelecidas. A isso se chama adimplemento e é isso mesmo que se busca numa relação contratual.

Não objetivam, portanto, os novos princípios contratuais, a mitigação da obrigação de pagar ou de adimplir o contrato, posto que isso colocaria em cheque o próprio conceito de contrato. O contrato perderia seu objeto e seu valor econômico e social, para não falar do seu sentido em si.

Diversos institutos do direito brasileiro ressaltam a necessidade do adimplemento integral do contrato, afastando, em primeira análise, a ideia de que os novos princípios contratuais poderiam, de alguma forma, servir de pretexto para o não cumprimento da obrigação assumida sob o argumento de que aquele contrato não respeita a ordem social ou não atende sua função social. O próprio Código Civil reserva um título completo para tratar do adimplemento e extinção das obrigações.

Existem, contudo, situações em que, apesar da prestação devida não ter sido integralmente quitada, há o adimplemento de significativa parcela de tal dívida. A falha do devedor em adimplir uma parcela menos relevante da dívida (especialmente se o devedor tem o *animus solvendi*, ou seja, a vontade de ver quitada sua dívida) não deve importar em resolução do contrato, é o que defende a teoria do adimplemento substancial.

Esse fenômeno é claro exemplo da mitigação do absolutismo dos princípios da teoria clássica dos contratos, em especial o *pacta sunt servanda*, na medida em que o contrato, apesar de não completamente quitada a dívida, não é resolvido. Contudo, há que se ter cuidado na utilização de tal teoria, para que não se dê carta branca ao devedor para que seja inadimplente inconsequentemente.

A teoria do adimplemento substancial também não quer dizer que o credor prejudicado fica "a ver navios". Na verdade, apesar de ser um instrumento de proteção ao devedor, ela não impede que o credor exija o cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor, não impede que o credor busque remédios legais para ver o débito quitado.

Por essa razão, o artigo 475 do Código Civil determina que "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". Assim, a jurisprudência que se aventura em adotar a teoria do adimplemento substancial, interpreta o artigo 475 restritivamente, prezando pela preservação do negócio jurídico ao mesmo tempo em que garante ao credor prejudicado a possibilidade de exigir o cumprimento daquela parcela não adimplida.

Dessa maneira, não se pode falar que a teoria do adimplemento substancial legitima ou justifica o inadimplemento por parte do devedor, tendo em vista que, mesmo quando aplicada, não é impedido o credor de reclamar aquele débito remanescente. O que se evita é a resolução do contrato ou a execução de garantias a ele conectadas, de forma que se resguarda a relação jurídica estabelecida entre as partes.

No atual cenário econômico, a teoria do adimplemento substancial vem ganhando força principalmente no âmbito de contratos de compra e venda e de mútuo, sendo este último o objeto do presente estudo.

No que se refere aos contratos de mútuo, há de se esclarecer, primeiramente, que o trabalho se ocupa em tratar dos contratos de mútuo feneratício celebrados com instituições financeiras. Também chamados de mútuo bancário feneratício, esse tipo de contrato consiste no empréstimo para consumo de dinheiro com previsão de juros.

A partir da expressão "empréstimo para consumo", entende-se que, diferentemente dos contratos de empréstimo do tipo comodato, o objeto emprestado pode ser consumido, utilizado, alienado, esgotado e até destruído. Por essa razão, o artigo 586 do Código Civil determina que o mutuário deverá restituir o mutuante "em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade", não que a mesma coisa deverá ser devolvida.

Quanto ao termo feneratício, tal termo se refere a previsão e instituição de juros sobre a quantia emprestada, o que denuncia o caráter econômico daquele contrato.

O mútuo feneratício é amplamente praticado por instituições financeiras, principalmente bancos, e é popularmente conhecido simplesmente como empréstimo. Como vai ser exposto, os chamados empréstimos muitas vezes são extremamente onerosos para os mutuários, tendo em vista o grande desequilíbrio entre as partes e as prerrogativas e direitos concedidos pela legislação e jurisprudência às instituições financeiras.

Para responder aos diversos questionamentos oriundos de todo o exposto e, principalmente, para determinar de que forma os novos princípios contratuais se comunicam com a situação do devedor no âmbito dos contratos de mútuo, o presente trabalho explora os conceitos e históricos por trás das ideias expostas, dialogando com a teoria clássica e os novos paradigmas contratuais.

1. O ESTUDO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEU TRATAMENTO PELA DOUTRINA

Para que se tenha um panorama completo da função social do contrato, é necessário, antes, estudar os elementos e conceitos que estão por trás do princípio, partindo do próprio conceito de contrato e observando os preceitos da teoria clássica dos contratos.

A partir disso e com o estudo da evolução da matéria contratual e seu tratamento pela doutrina, é mais claro vislumbrar a que se refere o princípio da função social do contrato tal qual se apresenta hodiernamente.

Destarte, faz-se necessária a digressão aos ensinamentos fundamentais, conforme expostos nos capítulos seguintes.

1.1. O conceito de contrato

Conforme ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, o contrato é fonte de obrigações para as partes que dele fazem parte. O autor defende que o instrumento contratual é a mais comum e importante fonte de obrigações, devido às suas múltiplas formas e repercussões no universo jurídico.¹

Para que se possa conceituar o contrato, é necessário entender que o instituto é dependente da convergência da vontade de duas partes. Assim, é possível afirmar que o contrato é negócio jurídico necessariamente (ou, pelo menos) bilateral. Contudo, defini-lo como negócio jurídico bilateral parece insuficiente para a complexidade que carrega.

Mais a fundo se aventura Caio Mário da Silva Pereira ao definir que o contrato é "um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos"². Percebe-se na conceituação de Caio Mário que o doutrinador insere aí (i) o fundamento do contrato (o acordo de vontades), (ii) sua

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais - 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. II, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

limitação primeira (estar em conformidade com a lei) e (iii) os efeitos que ele provoca, sendo eles, respectivamente, a vontade das partes, a ordem legal e a criação de direitos.

Em sentido amplo, portanto, a afirmação de que todo negócio jurídico resultante de acordo de vontades é um contrato não está equivocada. Daí, no entanto, a doutrina encontra dissidências, ao passo de que, assim o fosse, o conceito de contrato não se restringiria ao campo do direito das obrigações, o casamento, por exemplo, por ser negócio jurídico decorrente de acordo de vontades poderia ser considerado contrato, apesar de ser instituto do direito das famílias.

Apesar de terem sido grandes os debates doutrinários a esse respeito, hodiernamente, há grande aceitação por parte da doutrina que o conceito de contrato abrange pactos que criem, modifiquem ou extingam direitos ligados a relações patrimoniais. Dessa forma evitando conflitos com outros campos do direito civil.

1.2. Do acordo de vontades de acordo com a teoria clássica

A figura do contrato se fez presente pela primeira vez nas codificações modernas no Código Napoleônico de 1804. No contexto de pós Revolução Francesa, a vitória alcançada pela burguesia traduzia-se no instituto do contrato como forma de obtenção de propriedade. Não por menos o contrato está disciplinado no livro "diversos modos de aquisição da propriedade". Naquele momento histórico, a possibilidade de contratar e tornar-se proprietário de algum bem era tido como o ponto culminante dos direitos das pessoas. Isso porque o que antes era privilégio de uma determinada classe, agora estava disponível para circulação: a riqueza.³

A transferência da propriedade, passava a ser, portanto, dependente da vontade dos contratantes. Assim, a circulação de riquezas era baseada na convergência da vontade das partes de um determinado contrato. Dessa forma, no sistema francês, o contrato, por ser tradução da vontade de cada polo da relação jurídica, é ponto máximo do individualismo. Conforme leciona Venosa, "o contrato vale e é obrigatório, porque assim foi desejado pelas partes".⁴

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

⁴ Ibid. p.392.

O código alemão de 1896, outro grande marco da evolução do conceito de contrato, foi editado em momento histórico bastante diverso daquele do Código Napoleônico. Apesar disso, ainda pode ser considerado como um código burguês, na medida em que, ao tratar dos contratos, foca, ele também no papel econômico do instituto.

Apesar disso, o diploma alemão mostrava-se mais técnico do que o francês ao passo que considerava o contrato como elemento de um grupo ainda mais amplo: os negócios jurídicos, ideia que reproduzimos em nosso sistema jurídico. Nessa esteira, no sistema alemão a transferência da propriedade não era operada pelo contrato em si, uma vez que ele era "apenas" o veículo utilizado para a transferência, o instrumento em que as partes vinculavam seus interesses e vontades.

Percebe-se, portanto que a autonomia da vontade é, conforme teoria clássica, ponto crucial da celebração do negócio jurídico, e mais: que, para a teoria clássica, esse acordo de vontades emana de partes substancialmente equivalentes. Isso importa dizer que, no tratamento conferido aos contratantes sob a ótica das codificações clássicas (leia-se aqui o Código Napoleônico e o código alemão), o legislador considera ambas as partes igualmente poderosas.

Sob essa ótica, é claro que a autonomia da vontade se mostra como princípio preponderante na relação contratual, tendo em vista que ambas as partes teriam os mesmos meios de expressar e fazer valer a sua vontade. Ambas as partes têm iguais condições de discutir e abrir mão de certos pontos de forma a alcançar o fim desejado e exercer sua liberdade contratual.

Outro princípio contratual estabelecido pela teoria clássica dos contratos é o da força obrigatória dos contratos, o famoso *pacta sunt servanda*.

Basicamente, o princípio do *pacta sunt servanda* estabelece que o contrato faz lei entre as partes. Conforme anteriormente levantado e como defendido por Gonçalves, o contrato é fonte de obrigações justamente por conta do princípio em estudo.

Desse princípio decorre o que se chama de intangibilidade do contrato, que significa que ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato. Essa noção se liga com a autonomia da vontade ao passo de que a intangibilidade decorre também do fato de que as partes

acordam determinadas avenças e submetem suas vontades à restrição do cumprimento contratual.⁵

Há, ainda, um terceiro princípio contratual apontado pela teoria clássica do contrato: o princípio da relatividade dos contratos. De acordo com o mesmo, via de regra, o contrato só gera obrigações a aqueles que dele participam. Assim, seus efeitos se restringem às partes da relação contratual, não podendo nem prejudicar nem aproveitar a terceiros.

Diz-se via de regra uma vez que, conforme defende Orlando Gomes⁶, os efeitos internos do contrato somente produzem efeitos inter partes. No entanto, o doutrinador destaca que há efeitos de uma relação contratual que são estendidos a terceiros, efeitos definidos como efeitos externos, como, por exemplo, estipulações em favor de terceiros, convenções coletivas de trabalho, entre outros.

Assim, o princípio da relatividade deve ser lido como "o contrato não produz efeito com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos em lei"⁷.

O fato é que esses três princípios da teoria clássica contratual legitimam a própria ideia de contrato, uma vez que o instituto é impensável sem que se parta de tais premissas e sem que, como se verá adiante, se garanta a liberdade contratual.

1.3. Da liberdade contratual

É cabível fazer a distinção entre liberdade contratual e liberdade de contratar. A liberdade contratual é expressão da autonomia negocial e compreende, entre outros elementos, a faculdade de celebrar um contrato, ou seja, a liberdade de contratar. Dessa forma, é verdadeira a afirmação de que a liberdade de contratar está contida na liberdade contratual como um de seus desdobramentos.⁸

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit. p. 393.

⁶ GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob.cit. p. 394.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado conforme Constituição da República - vol. II - 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

A liberdade contratual em sua forma original remonta ao Direito Romano, em que os indivíduos exerciam sua liberdade celebrando contratos *lato sensu* com quem desejavam e da forma que desejavam. Era, portanto, a celebração do contrato, uma das formas de exercício da liberdade individual.

Ainda hoje, ao se aventurar em conceituar liberdade contratual, a doutrina identifica a faculdade conferida às partes de estabelecer os termos do contrato a ser celebrado, com o poder de disciplinar o próprio conteúdo do contrato de acordo com seus interesses justamente como o que define a liberdade contratual.⁹

Nessa esteira, pode-se afirmar que a liberdade de contratar é a liberdade ou a opção de celebrar ou não um contrato, o que se insere dentro do conceito de liberdade contratual, que é a liberdade de celebrar um contrato tendo a faculdade de escolher não somente ser parte daquele instrumento, mas suas disposições, termos e até suas obrigações sob aquele contrato.

Tendo em mente o acima exposto, vale analisar o artigo 421 do Código Civil. Ao determinar que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato, o legislador não quer dizer que a opção de participar ou não de um contrato deve ser exercida nos limites da função social, pois tal colocação não faria sentido lógico e não abraçaria por completo os bens jurídicos que buscam tutela numa relação contratual.

Assim, o dispositivo legal do artigo 421 deve ser analisado tomando a expressão "liberdade de contratar" em seu sentido amplo. Assim, no contexto de tal dispositivo, a liberdade de contratar não se deve entender somente como a faculdade de celebrar ou não um contrato, mas como todos os atos que definem a liberdade contratual, principalmente no que diz respeito ao conteúdo do contrato.

Ao afirmar que a liberdade contratual (ou a liberdade de contratar, se utilizado o termo escolhido pelo legislador) deve ser exercida em razão da função social do contrato, deve-se ter dimensão que está a se falar em tudo aquilo que envolve a liberdade contratual, que, como visto, é o centro de toda a teoria clássica do contrato. O que isso quer dizer é que não somente a

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais - 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 20.

liberdade contratual deve ser exercida em razão da função social do contrato, mas tudo aquilo que a envolve.

Significa, dessa forma, que os princípios que sustentam a liberdade contratual devem ser, eles também, observados à luz da função social dos contratos.

Como base da liberdade contratual e ao lado dos princípios da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*) e da relatividade, encontra-se o princípio da autonomia da vontade.¹⁰ É a autonomia da vontade que justifica a liberdade de contratar *lato sensu*, uma vez que ela se define pela possibilidade de pactuar conforme seus próprios interesses sem a interferência alheia.

Como bem definido pela doutrina francesa:

L'individu est libre de contracter ou non, de choisir son cocontractant, de déterminer le contenu et la durée du contrat... Le consentement est l'élément essentiel, si bien que le formalisme doit rester exceptionnel, et que la loi doit demeurer, en principe, supplétive de volonté, ou interprétative, la règle impérative ne devant intervenir que dans le cas où elle s'avère absolument indispensable.¹¹

Em tradução livre do autor: o indivíduo é livre para contratar ou não, para escolher a outra parte, para determinar o conteúdo e a duração do contrato. O consentimento é o elemento essencial, de modo que o formalismo seja excepcional e que a lei permaneça, em princípio, residual à vontade, ou até interpretativa, de modo que a regra imperativa deve apenas ser aplicada quando se provar absolutamente necessária.

Da mesma forma, o Direito brasileiro toma como pressuposto da autonomia da vontade e da celebração do contrato a ideia de consentimento¹², até mesmo pela própria ideia de convergência de vontades. Todavia, após a leitura do artigo 421, dizer que a lei deve permanecer residual à vontade parece ser diametralmente oposto a dizer que a função social (tal qual prevista em lei) deve ser razão do exercício da liberdade contratual.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Ibid.* p. 6.

¹¹ CABRILLAC, Rémy; ROCHE-FRISON, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). *Libertés et droits fondamentaux*. IN: Sales, Tainah Simões. *O Direito Fundamental à Liberdade Contratual e o Princípio da Autonomia da Vontade à Luz da Constitucionalização das Relações Privadas*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=36ab62655fa81ce8>> Acesso em 28 de abril de 2017.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, v.1, p. 455.

Contudo, não se deve esquecer que o contrato se insere dentro da realidade de um ordenamento jurídico e, assim, não deve ser corpo estranho a esse ordenamento. Deve se inserir naquela realidade e não confrontar com a ordem jurídica ou social então vigente, até mesmo para que seja merecedor de tutela.

Como bem definido pela doutrina e pela própria legislação, a autonomia da vontade e a liberdade contratual não devem ser exercidas em termos absolutos, fosse assim, o instrumento contratual serviria como justificativa para abusos e ofensas de uma parte sobre a outra e até sobre a coletividade, na medida em que desafiaria ou não observasse preceitos morais ou a ordem social ou mesmo os princípios constitucionais vigentes.

Dessa maneira, observa-se que a liberdade contratual e a autonomia da vontade existem e devem ser respeitadas, contudo, o contrato não deve confrontar o ordenamento jurídico a ponto de se tornar figura estranha a este. Nesse sentido, como forma de delimitar, ou melhor, estabelecer um parâmetro para o exercício de tais liberdades, o legislador constitucional buscou novos princípios que ajudassem a garantir esse equilíbrio.

1.4. A constitucionalização do direito civil como fundamento dos novos princípios contratuais

Como levantado anteriormente, o advento do Estado social firmou a posição da constituição não só como base do ordenamento jurídico, mas como próprio centro de gravidade desse ordenamento, de forma que as normas e princípios constitucionais assumem papel ímpar em todas as áreas do direito, especialmente no direito civil. Conforme leciona Pedro Oliveira da Costa:

Em que pese a resistência de alguns setores da doutrina, os princípios constitucionais deixam de ser encarados como meros princípios políticos, cujo destinatário seria apenas o legislador infraconstitucional, e passam a ser entendidos como necessariamente presentes em "todos os recantos do tecido normativo; normas cogentes a nortear a solução de conflitos entre particulares e destes perante o Estado. A Constituição deixa de ser "do Estado" e passa a ser do cidadão, agora capacitado a exigir do seu semelhante, inclusive mediante a provocação do Judiciário, o respeito às regras e princípios constitucionais, cuja normatividade passa a ser reconhecida.

Verifica-se, assim, a ascensão política e científica da Constituição, que assume, definitivamente, o seu lugar de direito no centro do ordenamento jurídico, de onde irá desempenhar uma função de "filtro", conformando a interpretação, aplicação e compreensão de todo o direito infraconstitucional.¹³

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, temos como um dos princípios fundamentais constitucionais a dignidade da pessoa humana, que a Constituição Federal de 1988, inclusive, erigiu à qualidade de fundamento do próprio Estado brasileiro, conforme disposto no Artigo 1º, III da carta constitucional.

Dessa forma, é possível inferir que o princípio da dignidade da pessoa humana se encontra, ele também, no centro do ordenamento jurídico brasileiro e, por assim ser, o sistema normativo deve refletir o princípio em questão em toda sua extensão. Isso também significa dizer que a aplicação do direito deve observar o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo o cuidado de enfatizar os valores humanos e éticos acima dos valores patrimoniais, de acordo com Pedro Oliveira da Costa "modificam-se os paradigmas: não mais se privilegia o patrimônio ou o crédito, mas a pessoa"¹⁴.

Na visão de Maria Celina Bodin de Moraes:

Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocam a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do direito.¹⁵

Não por acaso o legislador o legislador se preocupa em resguardar a função social do contrato da liberdade de contratar. Ao fazê-lo, demonstra que, sim, as relações patrimoniais têm sua relevância, mas elas não devem se sobrepor a aquilo que, de tão essencial, toma o centro do nosso ordenamento, que é a dignidade da pessoa humana.

Assim, mesmo o ramo do direito das obrigações reflete as influências do princípio da dignidade da pessoa humana, que se traduz no princípio da função social do contrato. Em

¹³ OLIVEIRA DA COSTA, Pedro. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.47.

¹⁴ Ibid. p.48

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil, n. 65, p. 26.

resumo, o que ocorre é a “incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de ‘despatrimonialização’ do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento”.¹⁶

Apesar desse tipo de postura do direito ser, hodiernamente, não somente ordinário, como esperado, nem sempre foi assim. Na verdade, até pouco tempo, o direito tradicionalmente delegava a reflexão acerca de sua finalidade à filosofia e à sociologia. Contudo, uma característica marcante do direito civil contemporâneo é justamente seu diálogo com a realidade e com outros campos de conhecimento.¹⁷

Como anteriormente apontado, o grande marco dessa mudança de orientação no direito é o advento do Estado social. Isso porque, antes, o direito ocupava-se em evitar conflitos e danos, exercendo uma função protetora e repressiva.

Já no Estado social, passa o direito a assumir uma postura de promoção, com a ideia de justiça distributiva que se materializa com a atuação positiva do Estado.¹⁸ Um dos instrumentos que o Estado utiliza para a consecução da justiça distributiva é a matéria deste estudo, a função social, seja ela da propriedade ou do contrato.

Nesse sentido, Teresa Negreiros defende que:

A função social, muito além de ser mais um princípio, com finalidades delimitativas, é elemento de qualificação que varia conforme a concreta correlação de interesses em causa. À semelhança do que ocorre com a propriedade - cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validação do exercício do direito do titular do domínio - também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um "instrumento de realização do projeto constitucional"¹⁹.

Assim, entende-se que a função social do contrato é, ela mesma, uma maneira que o legislador encontrou de buscar a consecução do projeto constitucional na legislação infraconstitucional, mais especificamente no Código Civil.

¹⁶ Ibid. p. 25.

¹⁷ CORREIA, Edmar Ramiro. A função social do contrato. 2009. p. 69.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 112.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in Temas de Direito Civil, 1999. In: NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 208.

1.5. Os novos princípios contratuais: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social

Os novos princípios contratuais estão intimamente ligados ao processo de constitucionalização do direito civil, conforme destacado anteriormente.

Faz-se interessante, assim, elaborar considerações acerca de tais princípios e suas características.

1.5.1. Boa-fé Objetiva

Por conta dessa gênese tão entrelaçada, ao analisar os novos princípios contratuais pode se ter a impressão de que um inclui o outro ou ambos defendem um mesmo valor. Principalmente quando se fala de boa-fé objetiva, visto que tal princípio é de grande amplitude, chegando ao ponto que, para alguns autores, como Judith Martins Costa²⁰, o equilíbrio econômico e a função social seriam somente expressões da boa-fé.

Contudo, o entendimento majoritário da doutrina é de que a boa-fé objetiva se verifica, na verdade, no comportamento entre as partes do contrato, cuidando para que sejam respeitados os interesses legítimos de cada polo sem abuso do seu poder.

Nesse sentido, Claudia Lima Marques:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização do interesse das partes.²¹

Teresa Negreiros, por sua vez, identifica no princípio da boa-fé objetiva a observância do princípio constitucional da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que,

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

²¹ LIMA MARQUES, Cláudia. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107.

a partir dele, encara-se as relações obrigacionais como "espaço de cooperação e solidariedade entre as partes".²²

Dessa forma, também não há que se confundir boa-fé objetiva com boa-fé subjetiva, princípio que faz referência ao ânimo da parte, a suas intenções e comportamento. Por outro lado, a boa-fé objetiva de que se trata faz referência a obrigações fáticas de cooperação e solidariedade entre as partes, sendo, destarte, uma norma de conduta.

1.5.2. Equilíbrio Econômico do Contrato

Passando ao segundo princípio mencionado, o princípio do equilíbrio econômico ou princípio do equilíbrio econômico do contrato, verifica-se na legislação cada vez maior influência deste princípio, por exemplo em institutos como o da onerosidade excessiva e da lesão.

Talvez sequer seja justo classificar esse princípio como um novo princípio contratual, uma vez que, ele também, remonta aos primórdios dos contratos, quando se consideravam as partes igualmente poderosas dentro da relação contratual. Contudo, como exposto, o princípio da autonomia da vontade acabou por obscurece-lo, na visão de Teresa Negreiros.²³

É objetivo do princípio do equilíbrio econômico que se vede a prestação contratual que reflita excessivo desequilíbrio entre as partes, com enormes vantagens para uma em detrimento de outra.

É claro que aventurar-se por definir o que seria uma relação contratual justa não é matéria de simples argumentação. Contudo, deve ser exaltado que a relação contratual justa deve ser algo que se almeja, deve ser o objetivo e o ideal dos contratantes (até mesmo pelo seu dever de conduta estabelecido pelo princípio da boa-fé objetiva), principalmente naquelas relações contratuais em que se verifica a vulnerabilidade de uma das partes.

Conforme bem definido por Teresa Negreiros:

²² NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

²³ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155.

O fato é que, em contraste com o que se passava no direito contratual clássico, onde sobressaía a fase de formação e manifestação da vontade de contratar, o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa contratual, servindo como parâmetro para a avaliação do seu conteúdo e resultado, mediante a comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada um dos contratantes. [...] De acordo com este princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio.²⁴

1.5.3. A função social do contrato

Chegando finalmente ao princípio da função social do contrato, há de se notar, em primeira análise que seu objetivo não é o de transformar a propriedade em patrimônio coletivo, mas, na verdade, sujeitar a propriedade aos interesses sociais, conforme defende Giselda Hironaka:

Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta ideia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada 'doutrina da função social'.²⁵

A conceituação do princípio, contudo, faz-se matéria controversa na doutrina. Assim, é, geralmente, de preferência dos doutrinadores partir para uma delimitação da função social do contrato, mais do que uma conceituação do termo.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr., ao delimitar o que entende por função social do contrato, defende que ela se manifesta em dois níveis: o nível intrínseco e o nível extrínseco.

Para o autor, a função social do contrato manifesta-se no sentido intrínseco ao limitar-se o examinador à perspectiva inter partes, da relação jurídica entre as partes, situação em que serão imperativos o respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetiva, de forma que a equivalência material entre os contratantes seja buscada naquele negócio. Do ponto de vista prático, a função social do contrato manifestada sob o prisma intrínseco traduz-se, por exemplo, nas cláusulas de dever de informação, confidencialidade, independência de cláusulas, etc.

²⁴ NEGREIROS, Teresa. *Ibid.* p. 157.

²⁵ NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito Civil - Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Apud: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A manifestação extrínseca, por sua vez, é verificada ao examinar-se o contrato à luz da coletividade, ao examinar seu impacto no contexto social em que foi celebrado. Assim, como defendem Gagliano e Pamplona Filho, "não se pode admitir contratos que violem a livre concorrência, as leis de mercado ou os postulados de defesa do consumidor, sob o pretexto de se estar incentivando a livre iniciativa"²⁶. Nesse raciocínio, o interesse que surge é de que, mesmo que não seja benéfico, que o contrato não seja prejudicial ao contexto social em que está inserido.

Nesse sentido, o princípio da função social do contrato pode ser entendido como delimitador da autonomia privada, na medida que se faz presente ao evitar determinadas avenças prejudiciais tanto internamente quanto externamente na relação contratual.

1.6. A falsa isonomia do contrato e os novos princípios contratuais

Conforme exposto, a teoria clássica considera como pressuposto para a celebração do contrato a isonomia entre os contratantes.

Observa-se, contudo, que, naturalmente, são raríssimos os casos em que podemos notar igualdade entre as partes de um contrato - especialmente no caso de contratos de massa, padronizados. Naturalmente porque estamos inseridos numa realidade em que pessoas físicas celebram cada vez mais contratos com sociedades empresárias que, por sua vez, detêm maior poder negocial, sujeitando a outra parte à sua própria vontade, quase não havendo possibilidade da pessoa física contratante oferecer um acordo, ou sequer uma negociação em muitos casos.²⁷

Assim, é possível identificar claramente que, em grande parte dos casos, a isonomia de que trata a teoria clássica não é aplicada na realidade prática.

Dessa forma, passa a ser dever do Estado buscar que, pelo menos sob o amparo legal, a parte mais frágil da relação tenha condições de exigir e de se resguardar do poder da parte mais poderosa e da "autonomia de sua própria vontade".

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. cit. p.384.

Como será abordado adiante, não foi rápida a evolução para que o Direito assumisse esse tipo de postura. Na verdade, esse posicionamento é resultado de décadas (e por que não séculos?) de embates principiológicos e doutrinários que culminaram no Direito como reflexo de um estado social.

Surgem, então, nesse sentido, novos princípios contratuais que buscam (re)estabelecer o equilíbrio das partes na relação contratual. No ordenamento brasileiro, por exemplo, foram positivados novos princípios contratuais que devem ser observados e estar em harmonia com a autonomia da vontade. Não são eles princípios da teoria clássica dos contratos, mas não se tornam menos importantes por isso, até porque são princípios oriundos da Constituição Federal e que, portanto, se fazem presentes em diversos institutos do Direito. Como exemplo, destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III).

Assim, constrói-se uma visão do contrato que vai muito além da perspectiva inter partes e que almeja uma perspectiva social acerca daquele contrato. O que se quer dizer é que o contrato deixa de ser interesse somente das partes e passa a ter relevância social, uma vez que é de interesse da sociedade (e do próprio Estado) que aquela relação não seja abusiva, desequilibrada ou que represente ameaças a direitos de terceiros.

Encontra aí o artigo 421 do Código Civil de 2002 seu lugar ao sol, quando dispõe que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Dessa forma, sujeitando a autonomia da vontade e a liberdade de contratar aos interesses da sociedade e sujeitando as avenças às limitações da ordem jurídica vigente e dos valores sociais, buscando resguardar, enfim, a função que determinado contrato exerce no contexto social.

1.7. A função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro

Somente por meio da instituição do Código Civil de 2002 a função social do contrato foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional²⁸. Através do artigo 421, o legislador trata da função social do contrato de forma explícita pela primeira vez. Contudo, não

²⁸ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

foi com surpresa recebido o instituto positivado no Código Civil de 2002, tendo em vista que o espírito da função social já havia sido objeto de discussão pela doutrina brasileira mesmo antes de sua presença explícita nos diplomas legais.

A doutrina brasileira no século XX, apesar de não se aprofundar no tema, já levantava determinadas questões envolvendo o conceito de função social. Civilistas como Clóvis Beviláqua e Orlando Gomes, por exemplo, se aventuraram na análise da função social do contrato mesmo sem a presença positiva do princípio no ordenamento jurídico então vigente.

Segundo Beviláqua²⁹, é inconcebível pensar uma sociedade em que os indivíduos lancem mão daqueles bens dos quais necessitam pela simples razão de que a disponibilidade dos bens é restrita e as necessidades, por sua vez, ilimitadas. Dessa forma, a possibilidade de contratar é, em si mesma, a possibilidade de conciliar interesses conflitantes. Contudo, é necessário que essa possibilidade seja regulamentada, a fim de que se garanta a plena execução daquelas obrigações contraídas, além dos requisitos para contração de tais obrigações. Para o doutrinador, é deste ponto que decorre a função social do contrato, da garantia das obrigações contraídas no âmbito daquela relação contratual, desde que elas atendam aos requisitos que demonstrem que determinada relação contratual está dentro da legalidade.

Assim, a função social assumiria seu primeiro papel ao garantir à sociedade que aquela relação contratual não afronta o sistema legal, tendo em vista que atende aos requisitos para a formação dos contratos e em segundo momento, garantir aos contratantes o cumprimento das avenças pactuadas.

Para Orlando Gomes, "todo contrato tem uma função econômica, que é, afinal segundo recente corrente doutrinária, a sua causa"³⁰. Assim, sob o ponto de vista do doutrinador, a função do contrato é mesmo sua função típica, de forma que sua função social seria exercer uma função econômica atrelada a seu próprio objeto e, assim, tornar-se relação relevante sob a ótica social.

²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das obrigações, ed. histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 154-156.

³⁰ GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19.

Na vigência do código de 1916, portanto, a perspectiva sobre o contrato assumia um viés muito mais econômico e "pacificador", na medida em que buscava principalmente balancear e harmonizar interesses opostos. Como acima construído, o raciocínio era de que a função social do contrato era mera consequência ou fator segundo de sua função econômica. Como leciona o professor Gustavo Tepedino, na vigência do código de 1916, a função social do contrato traduzia-se como "o papel que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo"³¹.

No entanto, conforme exposto, não poderia ser diferente a visão doutrinária, levando em consideração que o Código Civil de 1916 não abordava o tema da função social do contrato, porém ocupava-se com sua função econômica e o papel desempenhado pelo contrato nas relações interpessoais.

Com a introdução do conceito de função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1946, houve maior movimentação na doutrina brasileira no sentido de dispor-se a explorar este tema. Ainda assim, os estudos sobre o princípio não levavam a muitos resultados práticos e focavam no plano metajurídico, sem uma verticalização do conhecimento em busca de concretizar tal função social em diferentes planos do direito.

Mesmo com menção expressa à função social da propriedade no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, não foi até a edição do Código Civil de 2002 que o princípio tomou lugar nos debates doutrinários e se fez presente em mais diversos campos do direito.

Isso, é claro, tem sua razão de ser no artigo 421 do Código Civil de 2002, em que o legislador deixa clara sua intenção e seu posicionamento acerca do papel que deve desempenhar um contrato, ou seja, não somente um papel econômico, como se entendia durante a vigência do Código Civil de 1916, mas também assumir um viés muito mais significativo, que é sua função social.

O artigo em questão determina:

³¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>, acesso em: 06 de abril de 2017.

Art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A busca pela realização do projeto constitucional fica clara na interpretação do artigo 421, na medida em que o legislador buscou instituir a função social como limite interno da autonomia individual. Para Carlos Nelson Konder³², o resultado disso é que o contrato somente receberá tutela jurídica uma vez que sirva à realização dos preceitos normativos fundamentais e, quando desviar dessa função, não mais receberá a tutela do ordenamento. Tal fato não deve, contudo, ser interpretado como uma diminuição do papel da autonomia da vontade na construção do contrato, mas como reconhecimento da instrumentalidade do contrato na consecução do projeto constitucional.

Sob essa ótica, a redação dada ao dispositivo pelo legislador contribui para a ideia de que a função social é limite interno ao direito de contratar. Isso porque, ao analisar a expressão "em razão de", entende-se que o legislador determinou a função social como um elemento da configuração e identificação do instituto do contrato, não sendo concebível este existir sem aquela. Nesse sentido, Judith Martins-Costa defende que:

A expressão "em razão da" indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, reconhecendo-se assim que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, intersubjetiva, ligando as partes entre si; outra, transubjetiva, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim a função social não opera apenas como um limite externo, é também um elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual.³³

Ao mesmo tempo, deve-se ressaltar que a função social não deve servir como pretexto para que se ignore a liberdade dos contratantes ou o próprio viés econômico da relação contratual. Isso importa dizer que a função econômica, exaltada na doutrina clássica, não deve ser subvertida em razão da função social, conforme julgado do STJ:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se

³² KONDER, Carlos Nelson de Paula. A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Carlos Nelson de Paula Konder, 2009. Disponível em <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_35c21bf6b328c7afd812a9d7beb06a91>. Acesso em 10 de maio de 2017.

³³ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social do contrato. Revista literária de direito, n. 37. São Paulo, ago./set. 2004, p. 19.

encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.³⁴

Dessa forma, nem a função econômica nem a função social devem se sobrepor uma a outra, visto que isso significaria majorar determinados princípios em detrimento de outros. A resposta que se busca não é qual dos aspectos prevalece, mas quais seus limites e onde eles se encontram, baseando tal análise no estudo dos princípios que sustentam a teoria contratual, tanto os clássicos quanto os novos.

1.8. A contraposição da função social do contrato e dos princípios clássicos contratuais de acordo com a doutrina contemporânea

Talvez pela abordagem não muito extensa acerca da função social do contrato pelo texto legal, o princípio permanece controvertido nas discussões doutrinárias a seu respeito.

Parte da doutrina entende o princípio da função social do contrato como mero indicador ético, de forma que não o confere a capacidade de delimitar a relação contratual em si, mas somente um viés de orientação e embasamento de outros dispositivos da disciplina contratual.³⁵ Dessa forma, portanto, não encara o princípio como concreto, mas uma figura abstrata que visa auxiliar na interpretação e aplicação de dispositivos que, eles sim, traduzem o espírito da função social dos contratos, como, por exemplo, os dispositivos referentes à revisão judicial dos contratos (arts. 317 e 480 do Código Civil), lesão (arts. 157 a 165), onerosidade excessiva (arts. 478 a 480) e boa-fé objetiva (art. 422).³⁶

Ao adotar essa perspectiva, diminui-se o valor do princípio da função social do contrato ao passo que o sobrepõe aos princípios ligados a boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Não que não sejam igualmente importantes, mas não há de se confundir seus objetos.

³⁴ STJ, 3ª T., REsp 803481, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28/06/2007, publ. DJ 01/08/2007; STJ, 3ª T., REsp 783404, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28/06/2007, publ. DJ 13/08/2007).

³⁵ Nesse sentido, destacam-se: Fernando Noronha, Álvaro Villaza Azevedo, Antônio Jeová dos Santos, Mosset Iturraspe, Jaime Santos Briz, Luiz Guilherme Loureiro, Mário Aguiar Moura, Daniel Bouloes, João Hora Neto e Arruda Alvim.

³⁶ OLIVEIRA DA COSTA, Pedro. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.53.

Assim, ao diminuir a importância do princípio em estudo, a doutrina que se aventura em tal argumento acaba por exaltar o princípio do *pacta sunt servanda*, visto que nega a aplicabilidade prática da função social que, como visto, sujeita a autonomia da vontade e a liberdade de contratar aos interesses da sociedade e sujeita as avenças às limitações da ordem jurídica vigente e dos valores sociais.

Há de se concordar, no entanto, que um ponto interessante é levantado por essa corrente doutrinária: a função social do contrato não deve ser utilizada como pretexto para a não observância de um contrato pactuado. Fosse assim, a função social representaria um conceito inaceitável dentro da lógica contratual, visto que justificaria o inadimplemento inconsequente da parte hipossuficiente.

Contudo, conforme pontua Pedro Oliveira da Costa:

Impõe-se, todavia, evitar que o terror da solidarização absoluta e da completa exclusão de valor da manifestação de vontade acarrete indevido desprezo ao princípio da função social dos contratos, recusando-lhe a importância devida.³⁷

Assim, percebe-se que, na verdade, não funciona substituir os clássicos princípios dos contratos pelos novos princípios contratuais nem, tampouco, renegar a validade destes. O que se busca é a harmonização entre todos eles, nas palavras de Teresa Negreiros:

Não parece acertado afirmar que os novos princípios são meramente subsidiários, e por isso não justificariam uma reformulação nas bases da teoria contratual como um todo; tampouco seria acertado afirmar-se que a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social fizeram desaparecer os princípios clássicos. (...) Vive-se hoje um momento em que novos e velhos princípios convivem simultaneamente; vive-se um momento, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, de "hipercomplexidade", já que aos princípios clássicos não se pode simplesmente opor os novos princípios, como se aqueles houvessem sido unilateralmente substituídos por estes.³⁸

Para a autora, eventuais conflitos surgidos da oposição dos princípios clássicos com os novos princípios contratuais deveriam ser resolvidos à luz do caso concreto, não sendo admissível partir da premissa de que determinados princípios se sobrepõe aos outros sem o

³⁷ OLIVEIRA DA COSTA, Pedro. Ob. cit. p.52.

³⁸ NEGREIROS, Teresa. Ob. cit. p. 30.

exame do contrato e da relação contratual estabelecida no cenário específico, isso justamente porque tais princípios devem ser harmonizados na relação contratual e, apesar de diametralmente opostos, não devem ser conflitantes.

2. DO ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

Tendo observado os elementos básicos para compreensão da função social do contrato, bem como a contraposição entre os elementos da teoria clássica do contrato e os novos princípios surgidos no contexto do Estado social, abre-se espaço para mais uma digressão indispensável.

Com o objetivo de compreender no que consiste a teoria do adimplemento substancial, é necessário, primeiramente, compreender o conceito de adimplemento e o que leva a jurisprudência a criar a teoria do adimplemento substancial, tendo sempre em mente que, mesmo sendo um remédio contratual satisfatório, não é a solução ideal das relações obrigacionais.

2.1. A solução ideal das relações obrigacionais

Conforme anteriormente apontado neste trabalho e suscitado por Carlos Roberto Gonçalves, "o contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigações"³⁹. Assim, para o contrato, bem como para qualquer relação obrigacional, há dois possíveis resultados: o cumprimento das obrigações ou o descumprimento.

De acordo com os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior⁴⁰, os direitos obrigacionais têm como característica a temporalidade, uma vez que o vínculo contratual tem em vista a satisfação das obrigações naquelas circunstâncias em que são acordadas.

Ao cumprimento das obrigações nas circunstâncias em que foram acordadas (o que inclui o não somente o tempo do cumprimento, mas o lugar e a forma), dá-se a denominação de adimplemento. O adimplemento é, como bem definido por José Roberto de Castro Neves, a "solução ideal das relações obrigacionais"⁴¹.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 21.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 100.

⁴¹ NEVES, José Roberto de Castro. Direito das obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2012. p. 165.

Diz-se que é a solução ideal pois é a solução que foi acordada, é o esperado por ambas as partes que a relação negociada se desenvolva em direção ao cumprimento das obrigações tal qual foram firmadas.

Nesse sentido, a conceituação de adimplemento pela doutrina por muito tempo se firmou na ideia de que o adimplemento se dá com o pagamento, com o cumprimento da obrigação principal pelo devedor. Contudo, conforme mais modernos autores, não há que se limitar o conceito de adimplemento ao estrito cumprimento da obrigação principal e ignorar todos os deveres laterais que surgem na relação obrigacional. Nessa seara, identificam-se autores como José Roberto de Castro Neves e Anderson Schreiber, este último que defende que "a obrigação transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal"⁴².

Com a evolução do conceito, reconhece-se, agora, que o adimplemento não depende somente do pagamento pelo devedor da dívida. Na verdade, como o adimplemento se refere a uma relação obrigacional, ambas as partes dessa relação devem contribuir para o perfeito cumprimento das avenças pactuadas.

Ao estabelecer essa ideia, chega-se, também, à conclusão de que o adimplemento pressupõe mais do que o cumprimento da obrigação principal pelo devedor e que esse adimplemento ocorre quando os propósitos das partes com aquela determinada relação são satisfeitos.

Nas palavras de José Roberto de Castro Neves:

Averigua-se o que razoavelmente as partes esperavam uma da outra, a legítima expectativa que nutriam acerca do comportamento da contraparte, para, a partir daí, verificar se esse comportamento, com vistas a cumprir os deveres obrigacionais, foi adequado.

A partir desse raciocínio, pode-se passar a distinção entre pagamento e adimplemento. Enquanto, por muito tempo, os dois termos confundiam-se e eram tido como sinônimos, hoje já não mais se pode tê-los assim.

⁴² SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 32. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2007. p.8.

É claro, ambos os conceitos se relacionam ao cumprimento de obrigações. Contudo, conforme definido nos parágrafos antecedentes, o adimplemento não se define somente pelo cumprimento da obrigação principal, mas de toda a satisfação das partes com aquele cumprimento, o que envolve deveres laterais e paralelos à obrigação principal.

Por sua vez, o pagamento pode ser definido como o cumprimento da obrigação principal. Assim, o pagamento é um elemento do adimplemento, mas não abraça todo o conceito de adimplemento. Sendo assim, a conclusão a que se chega é que o adimplemento não é dependente exclusivamente do pagamento, tendo em vista que, por ser este tão somente um de seus elementos, é perfeitamente possível um cenário em que ocorra o pagamento, mas que uma obrigação lateral não seja satisfeita.

Nessa hipótese, não há que se falar em pleno adimplemento, tendo em vista que o cumprimento das obrigações não ocorreu de forma integral e as expectativas não foram inteiramente satisfeitas.

Isso não significa dizer, contudo, que o pagamento deve ser maior do que aquele acordado entre as partes, nem que um pagamento maior significa o pleno adimplemento das obrigações, até porque, conforme definido no artigo 313 do Código Civil, o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é recebida, ainda que mais valiosa.

2.2. O objeto do pagamento

Conforme estabelecido acima e definido no artigo 313 do Código Civil, o credor não é obrigado a receber coisa diversa daquela que lhe é devida. O que é, contudo, aquilo que lhe é devido?

O objeto da prestação deverá, além de ser lícito, existir. Seja ele expresso por obrigações positivas (obrigações de dar e de fazer) ou negativas (obrigação de não fazer), o objeto, como elemento constitutivo da relação obrigacional deve existir. Não significa, contudo, dizer que o objeto deve existir no momento da contração da obrigação, uma vez que, conforme disciplinado no diploma civil, é perfeitamente cabível o acordo de uma obrigação sem que ainda se tenha o objeto para seu pagamento.

O Código Civil reserva uma seção ao tratamento da prestação devida a que chama de "do objeto do pagamento e sua prova", que se inicia justamente com o artigo 313 e a menção à prestação devida. A ideia consubstanciada em tal artigo traduz-se no princípio da identidade da prestação e já se fazia presente no código civil de 1916 em seu artigo 863, iniciando o capítulo relativo ao direito das obrigações. Nas palavras de Caio Mário, o princípio consiste no fato de que "o pagamento há de coincidir com a coisa devida"⁴³.

Nesse aspecto, o princípio da identidade da prestação pode ser interpretado como um benefício ao credor, na medida em que seria uma faculdade sua receber o pagamento diverso do acordado e ele não estaria obrigado mesmo que tal pagamento fosse superior ao montante que lhe é devido. Isso, contudo, como ressaltado, é uma faculdade do credor, que está autorizado a receber o pagamento a maior se assim o desejar.

É, também um mecanismo de "desafogamento" do Direito, que não se interessa em definir o que seria mais valioso, o que compensaria uma prestação ou o que vale a obrigação, mas, ao invés disso, confere ao credor a discricionariedade de decidir por si o que aceitar como pagamento pela prestação devida.

Com a redação apresentada pelo legislador no Código Civil de 2002, a interpretação em favor do credor é de fato favorecida. No entanto, conforme define José Roberto de Castro Neves, o princípio da identidade da prestação é aplicável também ao devedor⁴⁴.

Isso significa dizer que a exatidão da prestação acordada vale também para que o devedor não seja coagido ou não seja requisitado de uma prestação diversa. Assim, o devedor poderá exigir do credor o recebimento daquela prestação tal qual ela foi acordada, utilizando para sua proteção o princípio da identidade da prestação.

Em referência ao princípio da identidade da prestação, o Código Civil de 2002 estabelece na seção mencionada conceitos como a forma e o tempo de pagamento da prestação. No artigo 314 da carta, define-se que, mesmo nas obrigações cujo objeto da prestação seja divisível, não

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. II, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 183.

⁴⁴ NEVES, José Roberto de Castro. Ob. cit. p. 185.

poderá exigir o credor do devedor e nem o devedor do credor que o pagamento seja dividido por partes, se assim não tenha sido convencionado.

Fica mais evidente nessa redação a via de mão dupla que deve ser o princípio da identidade da prestação. Além disso, outros elementos que saltam aos olhos é a inclusão da forma e do tempo de pagamento da prestação no princípio da identidade da prestação.

Isso quer dizer que, não somente a quantia (ou a quantidade, qualidade) exigida não pode ser diversa da ajustada, mas também a forma de pagamento e o tempo de seu pagamento. Via de regra, conclui-se, credor e devedor têm o direito de exigir um do outro o recebimento e o pagamento da exata prestação no tempo e na forma em que acordado, exceto se de outra maneira acordado posteriormente.

À primeira vista, o desdobramento do princípio da identidade da prestação no ordenamento jurídico brasileiro é de que não há possibilidade de adimplemento parcial, uma vez que, se a obrigação não tiver sido cumprida da maneira que avençado, não se fala em cumprimento.

Faz-se necessária a ressalva de "à primeira vista" por conta das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que defendem o conceito levantado pela teoria do adimplemento substancial, conforme se verifica dos subtítulos que seguem.

2.3. Raízes da teoria do adimplemento substancial

A teoria do adimplemento substancial tem origem no direito inglês e surgiu no século XVIII. As cortes inglesas notaram que a resolução do contrato por inadimplemento e dívida se mostrava extremamente desproporcional em determinadas situações em que o devedor havia cumprido com sua obrigação de modo praticamente integral.⁴⁵

A esse fenômeno de cumprimento praticamente integral da obrigação, as cortes inglesas deram o nome de "*substantial performance*". Um dos casos emblemáticos da época do

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto no Recurso Especial n. 1.581.505 - SC. Relator: Antonio Carlos Ferreira. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/adimplemento-substancial-stj.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2017.

surgimento da teoria do adimplemento substancial é o caso *Boone vs. Eyre*, de 1777. De acordo com o caso, Boone, o autor, havia celebrado um contrato com Eyre, o réu, acordando em vender a Eyre uma fazenda e escravos por uma determinada quantia e por subsequentes pagamentos anuais em caráter perpétuo.

Ocorre que Boone não tinha o direito de transferir os escravos a Eyre, que, utilizando como argumento o princípio da exceção do contrato não cumprido (não se pode exigir da outra parte prestação sem que se tenha adimplido com a sua), suspendeu os pagamentos anuais. Com o exame da situação em tela, a corte decidiu em favor de Boone, sob o argumento de que a obrigação da transferência dos escravos não era condição para o pagamento das prestações anuais e mais: que era obrigação secundária e não obrigação principal do autor. Nesse sentido, reservou a Eyre apenas o direito de reclamar por perdas e danos.⁴⁶

Apesar do surgimento da teoria do *substantial performance* na lei inglesa, que se configura sob a organização típica da *common law*, a teoria do adimplemento substancial, talvez por sua sensatez, também se espalhou para os ordenamentos constituídos sob a organização da *civil law*.

Como exemplo, destacam-se os códigos civis de Portugal e Itália, que preveem expressamente a aplicação do instituto. O código civil português, em seu artigo 802, disciplina:

Artigo 802 (Impossibilidade parcial)

1. Se a Prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização.
2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.⁴⁷

Dessa forma, no ordenamento português, consubstancia-se no artigo 802, 2, do código civil que a resolução do negócio não poderá ocorrer se o não cumprimento tiver escassa importância, ou seja, o contrato não poderá ser resolvido se o inadimplemento for imaterial, no sentido de irrelevante. No mesmo sentido disciplina o código civil italiano, no artigo 1455:

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ PORTUGAL. Código Civil (DL n.º 47344 de 25 de novembro de 1966).

Art. 1455. (Importanza dell'inadempimento).

Il contratto non si puo' risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.⁴⁸

Em tradução livre do autor: o contrato não poderá ser resolvido se o inadimplemento de uma parte não tem importância relevante, resguardado o interesse da outra. Assim como no caso Boone vs. Eyre, a lei italiana busca resguardar o interesse da outra parte em garantir a ela a possibilidade de reclamar a parcela não cumprida sem, contudo, abrir a possibilidade de o credor reclamar a resolução da obrigação completa.

2.4. A teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro

Talvez pelo fato de que não se encontra expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina é controversa sobre as bases para a aplicação prática da teoria do adimplemento substancial. Ora a teoria é invocada como manifestação do princípio da boa-fé objetiva, com base no artigo 422 do Código Civil, ora como parte da vedação ao abuso de direito do artigo 187 da mesma carta e muitas vezes como a vedação ao enriquecimento sem causa do artigo 884, com destaque, é também invocado como expressão da função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil e previamente examinada neste trabalho.

Uma das mais emblemáticas ocorrências da teoria do adimplemento substancial nas instâncias superiores se deu num acórdão do STJ em 1995, no julgamento do Recurso Especial nº. 76.362-MT. O caso consistia em uma ação de cobrança promovida por dois segurados que desejavam receber a cobertura do seguro em razão de acidente de automóvel, mas que, apesar disso, haviam deixado de pagar a última parcela do seguro na data em que ocorreu o acidente. Quando julgado o caso nas instâncias inferiores, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso decidiu que para que os segurados pudessem exigir da seguradora a cobertura do seguro era necessário que cumprissem com sua obrigação primordial de pagar o prêmio do seguro, do contrário, estariam em inadimplemento.

Ao examinar o recurso, deu-se provimento em favor dos segurados, conforme se depreende da ementa:

⁴⁸ ITÁLIA. Código Civil (RD n. 262 de 16 de março de 1942).

SEGURO. INADIMPLENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO. A COMPANHIA SEGURADORA NÃO PODE DAR POR EXTINTO O CONTRATO DE SEGURO, POR FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO DO PRÊMIO, POR TRÊS RAZÕES: A) SEMPRE RECEBEU AS PRESTAÇÕES COM ATRASO, O QUE ESTAVA, ALIÁS, PREVISTO NO CONTRATO, SENDO INADMISSÍVEL QUE APENAS REJEITE A PRESTAÇÃO QUANDO OCORRA O SINISTRO; B) A SEGURADA CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE COM A SUA OBRIGAÇÃO, NÃO SENDO A SUA FALTA SUFICIENTE PARA EXTINGUIR O CONTRATO; C) A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DEVE SER REQUERIDA EM JUÍZO, QUANDO SÉRA POSSÍVEL AVALIAR A IMPORTÂNCIA DO INADIMPLENTO, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DO NEGOCIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.⁴⁹

Ao elencar os motivos pelos quais não se deveria dar por extinto o contrato, o Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar abriu espaço para o desenvolvimento da teoria do adimplemento substancial no Brasil e sua aplicação prática nas decisões dos tribunais, sendo essa considerada, até hoje, uma decisão essencial para o estudo do tema.

É claro, não deve ser considerada a teoria do adimplemento substancial e seu reconhecimento pela jurisprudência como carta branca para o inadimplemento por parte do devedor. Não significa que o devedor é, de fato, somente obrigado a adimplir a obrigação em sua parte mais relevante. É, na verdade, um meio de proteção ao devedor, não de ofensa contra o credor. Nesse sentido, defende José Roberto de Castro Neves:

Evidentemente, a teoria do adimplemento substancial não significa que o devedor se encontra apenas obrigado a fornecer a parte mais representativa da prestação. Nada disso. O devedor segue obrigado a pagar integralmente a obrigação. Entretanto, se o pagamento foi feito na sua parte mais representativa, o credor não poderá mais reclamar o fim do vínculo pela falha do devedor. A única medida que terá o credor, nessas circunstâncias, é cobrar o que falta.⁵⁰

Nesse sentido, vale lembrar o anteriormente dito sobre os princípios da teoria clássica dos contratos e os novos princípios contratuais: eles devem se harmonizar e conviver, não se sobrepondo uns aos outros cegamente. Assim, o adimplemento substancial em observância a boa-fé objetiva e função social do contrato não é pretexto para descartar completamente o *pacta sunt servanda*.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 76.362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917

⁵⁰ NEVES, José Roberto de Castro. Ob. cit. p. 187.

Por essa razão, é interessante aqui trazer a discussão o artigo 475 do Código Civil. O referido dispositivo determina que "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". Assim, o próprio legislador prevê que, em caso de inadimplemento do devedor, como alternativa à resolução do contrato, o credor poderá exigir o cumprimento da prestação ainda devida.

Não se pode dizer que essa é a positivação do princípio do adimplemento substancial, tendo em vista que ainda se apresenta como alternativa do credor e não como uma determinação em função dos princípios contratuais. Contudo, a visão de "salvar" ou resguardar a relação contratual é, também ela, fundamento de grande parte da jurisprudência que aplica a teoria do adimplemento substancial.

Assim, a jurisprudência, ao aplicar a teoria do adimplemento substancial, se movimenta no sentido de interpretar restritivamente o artigo 475 do Código Civil, por limitar sua eficácia quanto a resolução dos contratos em conjunto com o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Ressalta-se, ainda, que, conforme dita o artigo em questão, não fica o credor sem saída, posto que ainda tem a possibilidade de reclamar a obrigação não adimplida, além de perdas e danos. O que se busca, portanto, não é de todo isentar o devedor de suas obrigações assumidas sob o contrato, mas evitar a resolução do mesmo, a fim de preservar a relação jurídica ali estabelecida.

É difícil, contudo, apontar o que seria a parte mais representativa da prestação, como define José Roberto de Castro Neves. Não é essa matéria pacífica na doutrina e nem tampouco na jurisprudência.

Não existe um padrão pré-fixado para conceituar o que seria uma parte representativa da prestação no ordenamento brasileiro. Não há como afirmar cegamente que o adimplemento substancial ocorre quando o devedor cumpre com determinada porcentagem da obrigação independentemente de qual obrigação estamos analisando.

Até mesmo numa análise baseada em contratos por espécie, não é tarefa simples definir um padrão para configurar adimplemento substancial. Nos contratos de empreitada, por exemplo, se o objeto da prestação é a entrega de uma casa, caso falte um ou outro interruptor, não seria prejudicada a prestação como um todo, podendo se falar em adimplemento substancial. Nos contratos de empreitada *turn-key* de infraestrutura, por outro lado, cada peça é de suma importância para o funcionamento pleno da instalação e, caso faltasse um interruptor, isso poderia gerar um impacto materialmente relevante na obra, não se podendo, portanto, definir a cegos olhos o que configura o adimplemento substancial.

Como acima levantado, o código civil italiano é brilhante quando diz que o inadimplemento, para a configuração de uma situação de adimplemento substancial, deve ser de *scarsa importanza*. De forma que o legislador tira de si o ônus de definir o que seria essa importância irrelevante e delega tal atribuição a aquele que analisará o caso concreto.

2.5. Dos requisitos para configuração do adimplemento substancial

Conforme mencionado anteriormente, há grandes controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas ao estabelecimento de requisitos para configuração de adimplemento substancial.

Contudo, em muitas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça buscou firmar parâmetros e critérios para delinear o que seria adimplemento substancial em determinadas situações, como, por exemplo o julgado acima estudado do REsp. 76.362-MT, situação em que se considerou a obrigação substancialmente adimplida mesmo com o atraso na última parcela.

Além do caso supramencionado, diversos outros julgados estabelecem diferentes estipulações acerca da configuração do adimplemento substancial, como exemplo, destacam-se: (i) REsp. 912.697-GO (considerou a configuração de adimplemento substancial mesmo com o inadimplemento de 2 parcelas da dívida), (ii) REsp. 469.577-SC (o adimplemento substancial foi considerado mesmo com o inadimplemento de 20% do valor total do bem), (iii) Ag Rg no AgREsp 155.885-MS (o adimplemento substancial foi considerado mesmo com o inadimplemento de 10% do valor total do bem), (iv) REsp. 1.051.270-RS (considerou a

configuração de adimplemento substancial mesmo com o inadimplemento de 14% do total devido)⁵¹.

O que se infere dos casos acima exposto é que não há delimitação objetiva definida pelos tribunais superiores para definir o que seria e o que não seria adimplemento substancial. Isso se dá pelo fato de que cada caso julgado tem suas peculiaridades que devem ser consideradas ao analisar os efeitos e a relevância do inadimplemento em questão frente ao contexto maior de todo o contrato.

Nesse sentido, Eduardo Luiz Bussata defende 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.⁵²

A partir dessa perspectiva, é importante ressaltar que a análise quanto a configuração do adimplemento substancial não deve se ater simplesmente a critérios ou análises quantitativas sobre o percentual adimplido. Até porque, em alguns casos como o de empreitada total *turn-key* levantado acima, mesmo o menor percentual inadimplido pode resultar em enorme desequilíbrio contratual, além de inviabilizar o próprio negócio.

Assim, há de se levar em conta na análise do adimplemento substancial muito mais do que os indicadores materiais de adimplência, atentando para elementos envolvidos na

⁵¹ Os acórdãos dos julgados mencionados podem ser acessados através dos seguintes caminhos:

(i) REsp. 912.697-GO:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1011640&num_registro=200602826957&data=20101025&formato=PDF> Acesso em 22 de maio de 2017;

(ii) REsp. 469.577-SC:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=400055&num_registro=200201156295&data=20030505&formato=PDF> Acesso em 22 de maio de 2017;

(iii) Ag Rg no AgREsp 155.885-MS:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1169667&num_registro=201200503665&data=20120824&formato=PDF> Acesso em 22 de maio de 2017;

(iv) REsp. 1.051.270-RS:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=837488&num_registro=200800893455&data=20110905&formato=PDF> Acesso em 22 de maio de 2017.

⁵² BUSSATA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106.

contratação sem descuidar dos interesses do credor ao mesmo passo que não torne impossível a prestação pelo devedor (que deve estar interessado em ver seu débito quitado).

Conforme julgado do REsp 76.362/MT, antes referido e cuja ementa foi transcrita acima), os elementos a serem identificados na situação para que se possa considerar configurado o adimplemento substancial são: (a) a legítima expectativa das partes (item levantado pelo reiterado pagamento em atraso pelo devedor no caso em tela), (b) a imaterialidade do saldo devedor em relação ao total da dívida (faz-se aqui especial menção à redação de *scarsa impotanza* do código civil italiano) e (c) possibilidade de manutenção da relação jurídica e de sua eficácia sem o constrangimento do devedor ou o prejuízo ao credor de cobrar o restante da quantia devida.

Apesar de ser um voto emblemático e tomado como fundamento para inúmeros julgamentos sobre o tema, ainda é perceptível o fato de que os elementos elencados pelo ministro relator Ruy Rosado de Aguiar são intimamente relacionados ao caso concreto julgado e devem ser mais ou menos relevantes quando do exame de outros cenários.

Para estabelecer critérios mais genéricos sobre a configuração do adimplemento substancial, podemos voltar ao direito anglo-saxão e observar os requisitos levantados pelos tribunais ingleses para tal, quais sejam: (a) a insignificância do inadimplemento, (b) a atenção ao interesse do credor e (c) o *animus solvendi* do devedor, ou seja, a vontade do devedor de ver seu débito quitado, que será expressada através de suas ações tomadas para o adimplemento das obrigações contraídas.⁵³

Tendo isso em mente, parece mais fácil traçar linhas gerais de como tratar, ou, pelo menos, como interpretar situações de inadimplência como sendo ou não de adimplemento substancial, mesmo que no caso concreto seja necessário o exame mais aprofundado das situações extracontratuais e negociais relacionadas a cada uma das partes.

⁵³ FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (parte 2). Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-29/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>. Acesso em 16 de maio de 2017.

3. O CONTRATO DE MÚTUO NO CONTEXTO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Antes de adentrar a conceituação e caracterização do contrato de mútuo, cabe ressaltar que o mútuo é uma espécie do gênero empréstimo. O empréstimo, por sua vez é o tipo de contrato por meio do qual uma parte entrega à outra coisa fungível e essa outra parte, por sua vez, tem a obrigação de restituir aquela coisa.⁵⁴ A natureza jurídica dos contratos de empréstimo é de contratos de natureza real, ou seja, que somente se perfazem com a entrega da coisa, sendo que, antes disso existe apenas a promessa da entrega.

O Código Civil brasileiro faz distinção entre dois tipos de contratos de empréstimo: o comodato e o mútuo. Não cabe aqui dissecar o conceito e as especificidades do primeiro, visto que não é o objeto do presente estudo. Quanto ao segundo, passa-se a analisar.

3.1. Conceito e características

O contrato de mútuo está disciplinado nos artigos 586 e seguintes do Código Civil. O próprio artigo já se propõe a oferecer uma breve conceituação de mútuo quando determina que "O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis".⁵⁵ De acordo com o artigo 85 do Código Civil, bem fungível é aquele que pode ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Contudo, há outros elementos do mútuo que devem ser levantados a fim de se fazer uma conceituação mais abrangente e completa: "o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis" realizado entre duas partes, o mutuante (o credor) e o mutuário (o devedor), pelo qual o mutuário se obriga a restituir ao mutuante "o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade".⁵⁶

Através desse empréstimo, conforme disposto no artigo 587 do Código Civil, o mutuante "transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário"⁵⁷, que arcará com todos os riscos desde

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit. p. 335.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conforme alterada. Art. 586.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid. Art. 587.

a tradição (manifestando assim seu caráter de contrato de natureza real). O mutuário poderá, dessa forma, dar o fim que desejar ao bem emprestado, visto que dele se torna proprietário.

O contrato de mútuo, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves⁵⁸, constitui empréstimo para consumo, pois não exige que o mutuário devolva ao mutuante a mesma coisa que recebeu. Assim, o mutuário pode fazer uso livre dela, podendo, inclusive, aliená-la ou destruí-la se assim o desejar, desde que cumpra com sua obrigação de restituição de coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Por essa razão, é requisito do mútuo que a coisa seja bem fungível, para que se possa consumi-la, utiliza-la e restituir com outra da mesma espécie, qualidade e quantidade.

No momento em que o mútuo é aperfeiçoado, ou seja, no momento em que ocorre a entrega da coisa ao mutuário, o mutuante é, via de regra, liberado de suas obrigações, pois nada mais cabe a fazer. Por isso, uma das características marcantes dos contratos de mútuo é sua unilateralidade.

O mútuo é, também, um contrato temporário, tendo em vista que fosse perpétuo, não configuraria um empréstimo, mas uma doação. Assim, o prazo deverá ser determinado ou determinável.

O contrato de mútuo é tradicionalmente considerado um contrato gratuito. No código civil de 1916, por exemplo, sempre que o mútuo não fosse um contrato gratuito, tal previsão de onerosidade deveria estar expressamente disposta. Hodiernamente, contudo, o mútuo mais comumente utilizado é o mútuo feneratício, ou seja, o mútuo que tem como objeto o empréstimo de dinheiro e com estipulação de juros. Destarte, o que se verifica é que, na prática, o grande volume dos contratos de mútuo celebrados no contexto atual não é de mútuos gratuitos, mas onerosos.

O próprio legislador, quando da elaboração do Código Civil, soube identificar a tendência de mercado acima exposta e determinou, no artigo 591, que "destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros".⁵⁹ Resta evidente, então, que a presunção é de que os mútuos modernos são onerosos, atendendo a finalidade econômica a que se destinam.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit. p. 350.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conforme alterada. Art. 591.

3.2. O mútuo feneratício bancário e o desequilíbrio contratual

Conforme anteriormente levantado, a concepção original do mútuo faz referência a um contrato gratuito em que se transfere a propriedade de um bem fungível com a obrigação de devolver coisa de mesmo gênero, qualidade e quantidade, no entanto, essa concepção de contrato gratuito foi abandonada pelo advento do mútuo feneratício no desenvolver econômico. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro:

o mútuo era desinteressado e, pois, inteiramente gratuito; o *foenus* era reprovado e aos juros atribuiu Santo Agostinho, com veemência, a denominação de *mamona iniquitatis*. Mas, hoje, reconhecem as leis a vaidade de sua estipulação, dando origem assim ao chamado mútuo oneroso. Ordinariamente, nos dias atuais, os empréstimos só se efetuam mediante pagamento de juros; a prática frequente de empréstimo de dinheiro, a profissão habitual desse negócio em troca dos juros constitui um dos mais importantes aspectos do comércio bancário.⁶⁰

3.2.1. Conceito de mútuo feneratício

O mútuo feneratício consiste num contrato de mútuo em que há previsão de incidência de juros. Aqui cabe ressaltar que a incidência de juros só poderá ocorrer quando o objeto do mútuo for dinheiro, não sendo aplicável a mútuo de outras espécies de bem. Isso não significa que mútuos com diferentes bens como objeto não possam ser, também, onerosos, somente que não há que se falar em incidência de juros sobre eles e que o seu caráter oneroso é devido a prestação diversa de juros.

No presente trabalho, portanto, quando se falar em mútuo feneratício, a referência se faz aos contratos onerosos de mútuo cujo bem mutuado é dinheiro e sobre o qual incide juros.

Esse tipo de contrato é comumente celebrado no âmbito bancário, ou seja, por instituições financeiras com indivíduos ou outras sociedades, situação em que a instituição financeira é a mutuante e o indivíduo o mutuário, a que se denomina mútuo bancário.

A respeito de tal instrumento, Fábio Ulhoa Coelho versa:

⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. In: GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo II: contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O mútuo bancário é o contrato pelo qual o banco empresta ao cliente certa quantia de dinheiro. A matriz dessa figura contratual, evidentemente, é o mútuo civil, isto é, o empréstimo de coisa fungível (CC, art. 586). Ganha, no entanto, esse contrato alguns contornos próprios quando o mutuante é instituição financeira, principalmente no que diz respeito à taxa de juros devida.⁶¹

Quanto a taxa de juros, o referido artigo 591 do Código Civil determina que, sendo o mútuo destinado a fins econômicos, ou seja, o mútuo feneratício bancário a que nos referimos, os juros "não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual"⁶².

O artigo 406, por sua vez, preceitua limites para os juros legais na "taxa em que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional"⁶³. Nesse sentido, destaca-se, também o enunciado 34 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal:

Enunciado 34 - Art. 591: no novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuo destinados a fins econômicos presumem-se onerosos (art. 591), ficando a taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual.

Já assume aí o legislador um papel protetivo àquela parte hipossuficiente da relação contratual ao vedar que a instituição de juros abusivos nos contratos de mútuo, vinculando seu limite ao disposto no artigo 406 do Código Civil.

Grande confusão se fez assim no ordenamento brasileiro. Isso porque, de acordo com a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, entidades bancárias não se encontram sujeitas à Lei de Usura (Decreto-lei 22.626/1933), que veda a cobrança de juros abusivos, além do dobro da taxa legal, em seu artigo 1º, dessa forma estabelecendo um teto de 12% ao ano.

Dita a referida Súmula:

As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.

⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 20ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 452.

⁶² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conforme alterada. Art. 591.

⁶³ Ibid. art. 406.

Tal tese foi confirmada, ainda, pelo julgado publicado no Informativo nº. 343 do Superior Tribunal de Justiça, de 16 de fevereiro de 2008, corroborando o afastamento da incidência do artigo 591 do Código Civil aos contratos bancários (e, por consequência, do artigo 406):⁶⁴

JUROS. CAPITALIZAÇÃO. CC/2002. A MP n. 1.963-17/2000, republicada sob o n. 2.170-36/2001 (de garantida vigência em razão do art. 2º da EC n. 32/2001), é direcionada às operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, daí sua especificidade, a fazê-la prevalecer sob o novo Código Civil. Dessarte, depois de 31/3/2000, data em que entrou em vigor o art. 5º da referida MP, as instituições financeiras, se expressamente pactuado, fazem jus à capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual em contratos não regulados por lei específica, direito que não foi afastado pelo art. 591 do CC/2002, dispositivo aplicável aos contratos civis em geral. No caso, cuidou-se de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, firmado após a vigência do novo Código Civil. Precedentes citados: REsp 602.068-RS, DJ 21/3/2005; REsp 680.237-RS, DJ 15/3/2006; AgRg no REsp 714.510-RS, DJ 22/8/2005, e REsp 821.357-RS, DJ 23/8/2007. REsp 890.460-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 18/12/2007.⁶⁵ (g.n.)

Esse entendimento reflete-se, também, na Súmula nº. 382 do Superior Tribunal de Justiça, que determina que "A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade". Destarte, as entidades financeiras não estariam mesmo sujeitas ao limite imposto pelo artigo 591 do Código Civil, não estando sujeitos aos limites os contratos bancários.⁶⁶

Outra contradição que surge é que, sendo o contrato de mútuo realizado entre um banco e uma pessoa física, têm caráter de contrato de consumo, sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor, conforme Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça. Mesmo assim, mesmo com a incidência da norma protetiva do Código de Defesa do Consumidor, permanece a regra de que não estariam sujeitas as instituições financeiras à Lei de Usura, podendo, dessa forma, instituir abusivas taxas de mercado.

Observa-se, pelo exposto, que, mesmo com as diversas tentativas e iniciativas no sentido da proteção ao indivíduo, as instituições financeiras permanecem com enormes vantagens sobre eles, desequilibrando a relação contratual.

⁶⁴ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 537.

⁶⁵ Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nº. 0343. Período: 17 de dezembro de 2007 a 8 de fevereiro de 2008. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> Acesso em 28 de maio de 2017.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. Ob. cit. p.538.

3.2.2. O desequilíbrio nos contratos bancários de mútuo

Como levantado em capítulos anteriores, existem diversos casos de relações contratuais em que há um desequilíbrio entre as partes, mitigando assim o princípio da teoria clássica da igualdade entre as partes, da isonomia contratual.

O contrato de mútuo celebrado entre pessoas físicas e instituições financeiras é um ótimo exemplo desse desequilíbrio contratual. Em sua origem, já fica claro o potencial desequilíbrio: de um lado, uma pessoa física que, por mais poderosa que seja, é, ainda, um indivíduo extremamente vulnerável e, de outro, uma instituição financeira, que, além de todas as prerrogativas e proteções de que goza uma sociedade empresária, ainda tem a relevância de ser uma entidade que tem seu valor no mercado e participa ativamente na movimentação da economia.

Sem contar com o fato de que, por ser um tipo de contrato tão amplamente celebrado por instituições financeiras, a padronização dos contratos é quase inevitável. De tal forma, os indivíduos ficam sujeitos às avenças impostas pelas instituições sem (ou quase sem) a possibilidade de negociação dos termos do contrato.

Observando esse movimento e essa gênese já desequilibrada, o legislador busca meios de amparar legalmente a parte mais vulnerável da relação para que essa tenha remédios para enfrentar sua contraparte e assumir uma posição com maior proteção. Nesse sentido, destacam-se institutos legais como a limitação à capitalização de juros (referenciada no capítulo anterior e presente nos artigos 591 e 406 do Código Civil) e a própria aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários celebrados entre instituições financeiras e pessoas físicas (conforme Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça).

Contudo, como visto, há diversos outros institutos que mitigam essa proteção conferida ao consumidor e permitem a prática, pelas instituições financeiras, de atos abusivos na relação contratual, como exemplo, a instituição de juros acima do limite definido pelo artigo 406 do Código Civil.

Assim, permanece o indivíduo numa situação desfavorável e vulnerável frente ao poder das instituições financeiras.

3.3. As garantias nos contratos de mútuo

Ao celebrar um contrato de mútuo com um particular, especialmente nos casos de mútuos feneratícios bancários celebrados com uma pessoa física, as instituições financeiras, pelo interesse de ver seu crédito satisfeito e não frustrado, exigem de suas contrapartes a prestação de garantias em relação às obrigações de pagamento do devedor.⁶⁷

O que as instituições buscam é a certeza de que não será prejudicada no evento de inadimplemento do mutuário, a garantia é justamente isso: uma maneira acordada entre as partes para que, caso a obrigação principal não seja cumprida, o credor possa ver seu crédito satisfeito.

Nesse sentido, destacam Gagliano e Pamplona Filho sobre a garantia:

Trata-se de uma forma de proteção aos interesses daquele que, por força da relação obrigacional, está adstrito ao cumprimento da prestação antes da parte contrária, constituindo-se, sem a menor dúvida, em medida das mais justas.⁶⁸

A própria ideia da garantia, conforme exposta acima, é, de fato, justa. Pelo fato de que a instituição financeira cumpre com sua obrigação antes de ver cumprida a obrigação do mutuário e que o contrato de mútuo, como visto anteriormente, tem como característica a unilateralidade, não haveria aplicação do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, ou seja, o princípio da exceção do contrato não cumprido.

A instituição financeira já cumpriu com sua obrigação de entregar o objeto do mútuo, no caso, o dinheiro. Assim, não fosse pela prestação de garantia em seu favor, não teria a segurança de que terá seu crédito satisfeito, sendo a garantia, portanto, elemento que, apesar de não imprescindível para a formação desse tipo de contrato na teoria, na prática já se presume devida.

⁶⁷ MORAIS, Ezequiel. Breves notas sobre o excesso de garantia no mútuo bancário. Disponível em <<https://porleitores.jusbrasil.com.br/noticias/2349245/breves-notas-sobre-o-excesso-de-garantia-no-mutuo-bancario>>. Acesso em 28 de maio de 2017.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

Não é o objetivo do presente trabalho dissecar o conceito de garantia ou sua natureza, mas é importante ressaltar que tal instituto é de ímpar importância no âmbito dos contratos de mútuo (e para entender a teoria do adimplemento substancial como expressão da função social no âmbito dos contratos de mútuo).

Assim, cabe dizer que um dos tipos de garantia mais comumente exigido no âmbito dos contratos de mútuo é a garantia real, ou seja, aquela que repousa sobre determinado objeto.⁶⁹ Isso significa dizer que o mutuário, ao contrair empréstimo com instituição financeira se vê diante da obrigação de prestar garantia real sobre aquele valor do empréstimo.

O valor da garantia, para que satisfaça o crédito do credor, deve ser, evidentemente, de valor igual ou superior ao da dívida contraída pelo devedor, do contrário não faria sentido.

Assim o mutuário, hipossuficiente, utiliza seus bens, sejam móveis ou imóveis, para constituição e prestação da garantia requerida pelas instituições financeiras.

Para que essa garantia tenha liquidez, é interessante para a instituição financeira que ela possa fazer uso dela a qualquer momento e, por isso, a forma de constituição de tal garantia, via de regra se dá por uma de duas vias: (i) escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor ou (ii) documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas.

Dentro dessa forma, a garantia assume a qualidade de título executivo extrajudicial, conforme incisos II e III do artigo 784 do Código de Processo Civil, o que permite que a instituição financeira, em caso de inadimplemento do devedor, execute o título e se torne proprietária daquele bem.

Ocorre que, muitas vezes, o bem dado em garantia é a própria casa do mutuário, um carro que utiliza para fins de trabalho ou qualquer outro bem de relevância significativa para o desenvolvimento de suas atividades rotineiras.

Assim, o mutuário se vê em situação de extrema vulnerabilidade, visto que, mesmo que tenha cumprido com a parcela mais relevante de sua obrigação, tenha o *animus solvendi* e esteja

⁶⁹ MORAIS, Ezequiel. Ibid.

em situação de inadimplemento de porção menos expressiva da obrigação, ainda está sujeito a execução daquele título por conta de tal inadimplemento.

Desse cenário, surgem dois questionamentos relevantes para o presente estudo: (i) se é possível aplicar e de que maneira a teoria do adimplemento substancial se aplicaria à situação e (ii) o que justifica a aplicação de tal teoria.

3.3.1. A possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial

Conforme estudado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro não define parâmetros exatos para determinar a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, porque a própria natureza da teoria pressupõe que cada situação exige seu estudo de caso. Contudo, conforme jurisprudência exposta, existem certos elementos que apontam para a identificação de uma situação em que a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada.

Esses elementos, conforme apontado, são: (a) a insignificância do inadimplemento, (b) a atenção ao interesse do credor e (c) o *animus solvendi* do devedor. Não significa dizer que presentes esses elementos, deve ser aplicada a teoria do adimplemento substancial indiscriminadamente, mas que, num caso em que se façam presentes, a teoria ganha espaço para aplicação.

Portanto, no cenário exposto do contrato bancário de mútuo feneratício com garantia real em que o devedor cumpriu com a mais relevante porção da obrigação, sempre agiu de forma a ver seu débito quitado, mas se vê impedido de cumprir ou em mora no cumprimento da parcela restante por algum fato superveniente, deve-se estudar a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

A ideia de aplicação da teoria é reforçada pelo fato de que a execução da garantia poderia ser extremamente nociva para o devedor, e, ao mesmo tempo, a resolução do contrato não se aproxima do interesse original das partes.

3.3.2. A base para aplicação da teoria do adimplemento substancial

Tendo em mente a possível execução resultante do inadimplemento parcial de um contrato bancário de mútuo feneratício diante da não aplicação da teoria do adimplemento substancial, é necessário destacar o que justificaria sua aplicação.

Ora, como visto no início deste trabalho, a ideia de contrato sofreu diversas alterações acompanhando a evolução do Direito. Uma das mais relevantes, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, foi a de abandonar a perspectiva puramente econômica do contrato e reconhecer no contrato um viés social.

A partir da adoção dessa visão social do contrato, surgem diversos novos princípios contratuais que regem a relação das partes, destacando-se os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Tais princípios buscam realizar no âmbito das relações contratuais o projeto constitucional, a partir da inserção de valores como o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social naquele negócio jurídico antes tido puramente como de relevância econômica.

Com essa inserção de valores e mudança da perspectiva sobre os contratos, passou a ser de interesse do Estado tutelar as relações contratuais a fim de garantir a observância desses novos princípios e evitando o surgimento de situações de extrema onerosidade para uma parte ou de afronta aos valores morais que se buscam construir na sociedade.

Assim, o interesse do Estado passa a se expressar através de dois vieses: sob o viés econômico, sendo ideal que se preserve a relação jurídica das partes, prezando pela manutenção do contrato e pela atividade econômica estabelecida, e sob o viés social, cuidando para que, ao mesmo tempo que atenta para o direito do credor, não descuida de observar, pelo lado do devedor, os valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Dessa forma, observadas as condições para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, conforme anteriormente levantadas, o que legitima a interpretação de sua possibilidade é a perspectiva social que se construiu no Estado social. É a perspectiva social

que motiva o Estado a agir para que o mutuário em situação de inadimplemento, mas que tem o *animus solvendi*, não veja o contrato resolvido e a garantia executada, posto que isso iria contra os novos princípios contratuais da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

CONCLUSÃO

Conforme estudado no presente trabalho, o Direito evolui no sentido de buscar remédios e maneiras de retomar a equidade da relação contratual com novos princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia substancial. Demonstrando, assim, o interesse do Estado em promover um desenvolvimento econômico que seja sustentável na perspectiva individual e viável na perspectiva econômica.

Há que se fazer, mais uma vez, menção ao artigo 421 do Código Civil, que traduz esse interesse do Estado não em atravancar as relações contratuais e o desenvolvimento econômico, mas prevenir que esse desenvolvimento tenha um custo social oneroso, sujeitando, portanto, a relação contratual aos "limites da função social do contrato", adotando a perspectiva extrínseca da função social do contrato.

No âmbito dos contratos de mútuo, a perspectiva da função social do contrato se faz não somente interessante, mas necessária, ao passo que, hodiernamente, esse tipo de contrato é celebrado em larga escala entre instituições financeiras e pessoas físicas. Dessa forma, desde a gênese do contrato, não se aperfeiçoa nem se faz presente a ideia por trás do princípio contratual do equilíbrio das partes.

Isso por conta de dois aspectos: a padronização dos contratos e a hipossuficiência do mutuário.⁷⁰

A padronização dos contratos impede que o contratante negocie as avenças conforme sua vontade, perfazendo no contrato somente o desejo da parte contratada, da instituição financeira. A hipossuficiência, por sua vez, se manifesta sob diferentes formas, em primeiro lugar, a dificuldade em interpretar as cláusulas contidas no contrato padronizado, em segundo, o amplo poder econômico das instituições financeiras e a relevância ímpar que têm para a economia, o que lhes garante diversas prerrogativas confortáveis ao celebrar um contrato, como, por exemplo a não aplicação da Lei de Usura às instituições financeiras.

⁷⁰ MORAIS, Ezequiel. Ibid.

Assim sendo, as instituições financeiras, já em patamar negocial superior ao indivíduo, gozam de ainda mais vantagens (garantidas, inclusive pela jurisprudência que se forma nesse sentido), tendo a liberdade de instituir juros acima do limite previsto no artigo 591 do Código Civil.

Assim, é necessário que o operador do Direito se atente para a nocividade nos contratos bancários de mútuo, em especial quanto a instituição de juros abusivos ou cláusulas excessivamente onerosas para o mutuário.

Como levantado anteriormente, o adimplemento das obrigações é a solução ideal para os contratos. Isso significa dizer que, mesmo numa situação em que se verifica o desequilíbrio entre as partes e até a desvantagem significativa do mutuário, espera-se que ele tenha condições de cumprir com aquelas obrigações e adimplir o contrato, claro que sem que tenha que, para isso, abrir mão de direitos básicos ou de sua dignidade.

É por essa razão que, em tantos casos, se exige a prestação de garantia em favor daquela instituição concedente do crédito ao mutuário. Porque se busca o adimplemento tendo em mente que, por inúmeros fatos supervenientes e situações adversas, o adimplemento pode não ser possível.

Assim, a garantia serve como segurança da instituição financeira de que não se encontrará prejudicada diante da falta do pagamento do mutuário de suas obrigações, visto que terá a possibilidade de executar tal garantia e ver seu crédito satisfeito, mesmo que por vias alternativas.

No entanto, é preciso ter em mente duas questões. O primeiro ponto se refere à questão já levantada da hipossuficiência do mutuário. A execução de uma garantia pode ser extremamente onerosa para aquela parte, podendo gerar consequências que comprometam sua dignidade e o coloquem em situação de extrema vulnerabilidade.

O segundo ponto se comunica com a situação em que se encontra o contrato. Se o mutuário expressa sua vontade de ver a dívida quitada, se tem *animus solvendi* e se a obrigação foi adimplida em sua parcela mais relevante, ou seja, se a parcela descumprida tem a *scarsa importanza*, conforme bem definido pela doutrina italiana.

Verificados esses dois pontos, o operador do direito deve atentar para o fato de que é de interesse econômico que a relação contratual se mantenha, mantendo ativa a relação financeira ali existente, não sendo ideal optar pela resolução do contrato. Por outro lado, mas ainda em atenção ao caráter econômico do contrato, não deve ser o credor impedido ou prevenido de ver seu crédito satisfeito. Soma-se a isso a perspectiva social, pelo fato de que a resolução do contrato ou a execução da garantia do mutuário pode se revelar extremamente onerosa e desproporcional.

Quando o cenário descrito acima se configura, quando se verifica a desproporcionalidade da resolução do contrato ou execução da garantia em relação ao débito ainda a ser quitado, é necessário pensar na possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Tal teoria não tem a pretensão de afastar a obrigação do devedor, nem de, tampouco, prejudicar o credor no sentido de frustrar o seu direito. Na verdade, tal teoria preza pela manutenção do status contratual, prevenindo que o inadimplemento de parcela irrelevante se transforme em situação ainda mais gravosa.

Para isso, a teoria do adimplemento substancial funciona como remédio contratual que, em substituição à resolução contratual e à execução de garantia, propõe a manutenção da relação sem prejuízo do direito do credor de reclamar aquela parcela em descumprimento acrescida de perdas e danos. Assim, não descuida do interesse do credor a teoria em tela, ao passo que ainda confere e reconhece nele o direito de ver seu crédito satisfeito.

Com isso em mente, é possível afirmar que as bases para a aplicação da teoria do adimplemento substancial estão firmadas nos novos princípios contratuais. É claro que, ao atentar para o caráter econômico daquela relação, a referência é clara para os princípios da teoria clássica do contrato.

Contudo, tendo em vista que o exame da situação extracontratual é determinante para a caracterização do adimplemento substancial e que o interesse do Estado em resguardar aquela situação vai além da perspectiva econômica, já que busca, também, resguardar a dignidade do devedor, percebe-se que há forte influência dos novos princípios contratuais por trás da aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Em especial, o princípio da função social do contrato tem ímpar relevância para a teoria do adimplemento substancial.

Na perspectiva extrínseca do princípio da função social do contrato, deve-se examinar o impacto do contrato dentro do contexto social em que foi celebrado, não sendo admissível que o contrato viole princípios e valores sociais puramente com base na sua função econômica⁷¹, assim, não se pode ignorar a questão da hipossuficiência do mutuário nem a nocividade de uma possível execução contra ele.

Assim, a aplicação da teoria do adimplemento substancial pode e deve ser entendida como expressão do princípio da função social do contrato a uma situação de inadimplemento de escassa importância no âmbito contratual e econômico, mas que poderia resultar em um cenário extremamente gravoso sob a perspectiva individual e social.

⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das obrigações, ed. histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, v.1.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BUSSATA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRILLAC, Rémy; ROCHE-FRISON, Marie-Anne; REVET, Thierry (Org.). Libertés et droits fondamentaux. IN: Sales, Tainah Simões. O Direito Fundamental à Liberdade Contratual e o Princípio da Autonomia da Vontade à Luz da Constitucionalização das Relações Privadas. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=36ab62655fa81ce8>> Acesso em 28 de abril de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 20ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Edmar Ramiro. A função social do contrato. 2009.

FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (parte 2). Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-29/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>. Acesso em 16 de maio de 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais - 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Carlos Nelson de Paula Konder, 2009. Disponível em <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_35c21bf6b328c7afd812a9d7beb06a91>. Acesso em 10 de maio de 2017.

LIMA MARQUES, Cláudia. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social do contrato. Revista literária de direito, n. 37. São Paulo, ago./set. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. In: GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo II: contratos em espécie. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil, n. 65.

MORAIS, Ezequiel. Breves notas sobre o excesso de garantia no mútuo bancário. Disponível em <<https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2349245/breves-notas-sobre-o-excesso-de-garantia-no-mutuo-bancario>>. Acesso em 28 de maio de 2017.

NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, José Roberto de Castro. Direito das obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2012.

NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria. Direito Civil - Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Apud: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA DA COSTA, Pedro. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. II, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 32. Rio de Janeiro: Editora Padma, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado conforme Constituição da República - vol. II - 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada, in Temas de Direito Civil, 1999. In: NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 06 de abril de 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.