

2019

CONTRATO E TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

LUIZ
FERNANDO
PRUDENTE
DO AMARAL

Você está recebendo, **GRATUITAMENTE**, um fragmento da obra da **Editora Foco**, para dar início aos seus estudos.

Este conteúdo não deve ser divulgado, pois tem direitos reservados à editora, constituindo-se uma cortesia a título de motivação aos seus estudos.

Faz-se necessário evidenciar que tal fragmento não representa a totalidade de uma obra ou disciplina.

A obra, na sua totalidade, poderá ser adquirida no site da **Editora Foco**:

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editora Foco

2019 © Editora Foco
Autor: Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral
Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira
Editor: Roberta Densa
Assistente Editorial: Paula Morishita
Revisora Sênior: Georgia Renata Dias
Capa Criação: Leonardo Hermano
Diagramação: Ladislau Lima
Impressão miolo e capa: META BRASIL

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
de acordo com ISBD**

A485c

Amaral, Luiz Fernando

Contrato e a teoria do adimplemento substancial / Luiz Fernando Amaral. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2019.

216 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-85-8242-322-6

1. Direito. 2. Contrato. 3. Teoria do adimplemento substancial. I. Título.

2018-1311

CDD 340 CDU 34

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Responsabilidade civil 340 2. Responsabilidade civil 34

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (11.2018) – Data de Fechamento (11.2018)

2019

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Al. Júpiter 542 – American Park Distrito Industrial

CEP 13347-653 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

Às queridas Gloria, Daniela, Branca,
Gaia, Pietra e aos que mais chegarem.

Agradeço a Deus pela oportunidade, saúde e energia para concluir esta obra; à minha amada Jane Wickbold pelo amor, compreensão e apoio; aos meus pais, pelo infindável carinho; à Professora Dra. Maria Helena Diniz, cuja amizade e orientação foram fundamentais.

PREFÁCIO

É com muita honra que prefaciamos este notável livro do Prof. Dr. Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral, que, no decorrer dos anos de convivência universitária, conquistou nosso respeito e admiração pela sua sensibilidade jurídica.

Com o espírito aberto, fazendo uso de técnica argumentativa apropriada e procurando dar um enfoque realista de um tema bastante atual, que, em pleno século XXI, constitui um desafio à argúcia dos juristas e à discricionariedade judicial, o autor nos presenteia com uma obra que atende aos interesses da aplicação jurídica pelo espírito prático e crítico, ao apontar, com maestria, os riscos do ativismo judicial e a necessidade de parâmetros à utilização da teoria do adimplemento substancial em países da “civil law”.

Para estruturar seu raciocínio, sob uma perspectiva crítico-reflexiva e uma visão holística renovadora, examinou, com base em farta bibliografia e estudos voltados à seara do direito comparado, as questões polêmicas engendradas pelo tema, dividindo sua obra em sete partes: abordagem histórica do direito contratual; o Estado liberal e as garantias individuais; autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*; princípios do direito contratual; teoria do adimplemento substancial; análise jurisprudencial dessa teoria; problema da subjetividade na aplicação da teoria do adimplemento substancial; lineamentos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial como forma de conferir maior certeza e segurança jurídicas às relações contratuais.

Esse roteiro, por si só, já demonstra a relevância da obra para toda a comunidade jurídica.

Fácil é denotar pela simples leitura deste livro, fruto de árduas pesquisas, a sua grande contribuição para a literatura jurídica nacional, não só pelas ideias devidamente articuladas somadas à força da inteligência do autor que enfrentou com ciência e arte os pontos mais cruciais desta complexa matéria, mas também pelas informações que o aplicador deve percorrer para alcançar solução satisfatória sobre a viabilidade do uso da teoria do adimplemento substancial.

Salienta que a aplicação da teoria do adimplemento substancial, oriunda de país de “common law”, apesar de não haver a necessária previsão legal, deve ser analisada com prudência objetiva pelo órgão judicante, para evitar ativismo judicial e trazer segurança jurídica. Logo, o operador do direito deverá agir com discricionariedade ao aferir, no caso *sub judice*, a relevância do inadimplemento, avaliando o caráter substancial do adimplemento, para decidir sobre o direito de resolução contratual do credor, devendo, para tanto, lançar mão de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação e considerar a convicção das partes sobre

a pertinência do adimplemento substancial como forma de conservar o contrato ou da justa causa para o pedido de resolução contratual. O órgão julgante, além disso, deverá aferir os fins socioeconômicos do contrato, sem olvidar da análise dos efeitos de sua decisão sobre a coletividade. Tais diretrizes apontadas pelo autor são certas e seguras.

Percebe-se que sob a *pena* deste talentoso autor nada passou *in albis* sobre o assunto tratado em sua obra, por isso, o leitor nela encontrará um estudo sério, científico e metódico sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Com certeza, esta obra receberá os aplausos da comunidade jurídica, pela visão clara da temática e pela riqueza de seu conteúdo e conduzirá o aplicador a uma tomada de consciência sobre a teoria do adimplemento substancial.

São Paulo, 23 de agosto de 2018.

Prof^a Dra. Maria Helena Diniz

Livre-Docente pela PUCSP, Professora Titular de Direito Civil, Teoria Geral de Direito e Filosofia do Direito da PUCSP.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	VII
NOTAS DO AUTOR	XIII
CAPÍTULO 1 – ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO CONTRATUAL	1
1.1. Considerações iniciais	1
1.2. Breve esboço histórico.....	2
1.2.1. Direito romano	2
1.2.2. Direito medieval e direito canônico.....	6
CAPÍTULO 2 – O ESTADO LIBERAL E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS: O PRIMADO DA LIBERDADE INDIVIDUAL E A LIBERDADE CONTRATUAL	9
2.1. O direito contratual e o liberalismo: autonomia da vontade e <i>pacta sunt servanda</i>	10
2.2. Os contratos e a “sociedade contratualista”	13
2.3. O Código napoleônico e o direito contratual do liberalismo.....	18
2.3.1. A autonomia da vontade como expressão da liberdade individual.....	21
2.3.2. O <i>pacta sunt servanda</i> : o absolutismo nas relações contratuais e a questão da conservação dos contratos	23
2.4. A disciplina contratual no direito civil brasileiro tendo por base o liberalismo: o Código Civil de 1916	26
CAPÍTULO 3 – O DIREITO CONTRATUAL E OS PRINCÍPIOS DA ETICIDADE E DA SOCIALIDADE: AUTONOMIA PRIVADA, BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	29
3.1. O advento do Estado Social e Democrático de Direito.....	30
3.2. A socialidade como elemento integrador do direito privado	34
3.2.1. Da autonomia da vontade à autonomia privada.....	36
3.2.2. A relativização dos contratos	41
3.2.3. Os limites éticos à conformação dos negócios jurídicos de índole contratual e a boa-fé objetiva	45
3.2.4. O papel das cláusulas gerais no direito privado	50

3.2.5. Código Civil de 2002: a adoção de uma concepção social e funcional do direito privado	54
3.2.5.1. A concepção funcional e social do contrato.....	57
3.2.5.2. A natureza jurídica da função social do contrato	64
 CAPÍTULO 4 – A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO E A SEGURANÇA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	67
4.1. Adimplemento, inadimplemento e extinção contratual: análise à luz das regras do Código Civil de 2002	69
4.1.1. O cumprimento das obrigações	69
4.1.2. O inadimplemento das obrigações	71
4.1.3. Modalidades de extinção contratual à luz do Código Civil de 2002.....	77
4.1.3.1. Cláusula resolutiva: expressa e tácita	79
4.1.3.2. Exceção do contrato não cumprido.....	81
4.1.3.3. Resolução por onerosidade excessiva	82
4.2. As origens da teoria do adimplemento substancial no direito comparado e a questão da absorção da <i>substantial performance por países da Civil Law</i>	86
4.3. A recepção da teoria do adimplemento substancial pelo direito brasileiro: a visão liberal e a visão social	95
4.3.1. O liberalismo do Código Civil de 1916.....	95
4.3.2. A perspectiva social do Código Civil de 2002: o abuso do direito como elemento essencial à teoria do adimplemento substancial	100
4.4. O adimplemento substancial entre o princípio da conservação dos negócios jurídicos e a segurança jurídica.....	106
 CAPÍTULO 5 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: RELAÇÕES CIVIS E CONSUMERISTAS	109
5.1. Distinções entre os princípios do direito privado no âmbito civil e na esfera consumerista.....	111
5.2. Possíveis distinções do adimplemento substancial no direito civil e no direito do consumidor.....	122
5.3. Avaliação dos critérios jurisprudenciais na aplicação do adimplemento substancial por tribunais brasileiros	124
5.3.1. Alienação fiduciária em garantia.....	125
5.3.2. Arrendamento mercantil	134
5.3.3. Compromisso de compra e venda de imóvel	139

CAPÍTULO 6 – O PROBLEMA DA SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	145
6.1. Considerações sobre o positivismo jurídico e suas transformações.....	145
6.2. A definição da substancialidade do adimplemento quando da aplicação pelo magistrado: o perigo da subjetividade.....	151
6.3. Adimplemento substancial e a realidade constitucional: os direitos fundamentais e as relações privadas	158
CAPÍTULO 7 – LINEAMENTOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO FORMA DE CONFERIR MAIOR CERTEZA E SEGURANÇA JURÍDICAS ÀS RELAÇÕES CONTRATUAIS	167
7.1. O papel dos métodos alternativos de solução de conflitos	171
7.2. A positivação do adimplemento substancial como forma de limitar a subjetividade do aplicador.....	176
7.3. Critérios para a promoção de segurança jurídica.....	180
CONSIDERAÇÕES FINAIS	185
BIBLIOGRAFIA	191

NOTAS DO AUTOR

Dentre os institutos do direito privado, o contrato exerce enorme protagonismo. Revela-se instrumento por meio do qual os sujeitos de direito podem estabelecer relações jurídicas a partir de princípios elementares como o da *autonomia da vontade* e da *obrigatoriedade contratual*. Há inegável relação entre a disciplina contratual e a viabilidade das relações sociais. Essa importância se torna ainda maior no seio de uma sociedade democrática que optou pelo sistema capitalista de produção. A *vocação econômica do contrato* surge como determinante à dinâmica social.

Compreender o instituto contratual requer, contudo, estudo que propicie a exata dimensão das alterações por que passou ao longo da História. Apesar de existir desde os primórdios do direito, o contrato teve distintas feições a depender do modelo de Estado no qual se encontrava inserido, isto é, pelo qual era disciplinado. A passagem do Estado liberal para o Estado social implicou clara modificação no modo pelo qual as relações contratuais são disciplinadas. No primeiro havia predomínio da autonomia e da força obrigatória, ao passo que no segundo se colocam considerações de cunho social que ocasionarão atenuação dos princípios contratuais havidos no período do liberalismo econômico.

A preocupação com a *eticidade* e com a *socialidade* acarreta modificações nos institutos do direito privado. Estes sempre tiveram específicas funções, mas, a partir de concepções sociais, são encarados por meio da *função social* que integra e ao mesmo tempo limita direitos individuais no âmbito contratual. Avaliado sob a perspectiva social, o contrato deve se adequar aos reclames coletivos, assim como os demais institutos de direito privado. Tal adequação, todavia, não deve implicar o *esvaziamento* dos pressupostos do direito privado. O vínculo contratual não decorre da função social. Antes, o contrato deve obedecer à função social, especialmente no que toca ao fato de não prejudicar a busca dos objetivos sociais.

Apesar desse *foco social*, o estudo do contrato não pode se distanciar de um componente que integra a ideia de socialidade. A *função econômica do contrato* não serve apenas aos interesses dos contratantes. Sendo o contrato um instrumento para a prática e para o dinamismo das relações sociais, sua faceta econômica revela inegável interesse social. A socialidade passa pela relevância econômica consubstanciada no contrato.

As bases do direito privado e a atenção que se deve conferir à função econômica do contrato devem ser consideradas quando da aplicação do direito. O aplicador não pode se comportar de maneira avessa aos pressupostos que ordenam o direito privado e que movem os contratantes. É preciso compreender que a aplicação do direito não pode acarretar ingerência nos vínculos contratuais que desnature tais relações. A aplicação da *teoria do adimplemento substancial* se coloca nesse contexto no direito brasileiro.

Não há qualquer previsão normativa a respeito da aferição, pelo magistrado, da substancialidade do adimplemento na hipótese de o credor pretender a resolução pelo inadimplemento voluntário do devedor. Os tribunais pátrios, porém, aplicam a referida teoria e acabam por *criar* soluções desvinculadas dos preceitos legais, ainda que aparentemente justificadas por *princípios gerais do direito*.

O presente estudo busca conferir alguma *segurança jurídica* à aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro. Preocupa-nos a *crise de argumentação* que tem sido demonstrada nas decisões judiciais. O temerário *ativismo judicial* precisa ser evitado. Aplicadores devem compreender o *ônus argumentativo* que decorre da utilização de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Se houver *déficit de argumentação*, os efeitos práticos da aplicação da teoria do adimplemento substancial podem levar a sérios prejuízos à sociedade. Não há nada pior ao direito do que a sensação de *incerteza e imprevisão*.

CAPÍTULO 1

ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO CONTRATUAL

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo de qualquer instituto jurídico demanda considerações de natureza histórica. Não é possível compreender o direito de maneira apartada dos fenômenos sociais e axiológicos existentes em determinado momento. Analisar o ordenamento jurídico na perspectiva do aplicador é tarefa que não se confunde com o estudo do direito na condição de ciência. Miguel Reale¹ expõe as razões de sua concepção filosófica sobre o direito a partir da preocupação ligada à percepção e tratamento do direito como experiência, o que não permite o afastamento de elementos de caráter histórico, sociológico, filosófico etc.

Quando o estudioso se propõe a contribuir com a ciência jurídica, sua atividade se desliga daquela que verificamos como fundamental aos operadores e aplicadores do direito. *Pensar o direito* é diferente de meramente *aplicar o direito*. Pensar o direito promove a reflexão acerca do objeto aplicado e move os operadores e aplicadores, não mais em tais condições, mas sim como *cientistas*, nessa constante *reanálise* do fenômeno jurídico.

O papel do magistrado ao aplicar as normas jurídicas aproxima-se daquele desempenhado por um técnico a quem são entregues instrumentos para promover o que a doutrina denomina *decidibilidade*. Nesse sentido a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior² ao analisar a função social da dogmática jurídica. Segundo ele, a aplicação das normas jurídicas parte das mesmas premissas do pensamento científico, mas busca objetivos distintos. Ao aplicar, o aplicador está preocupado em *possibilitar decisões* e, desse modo, vale-se de *pensamento tecnológico*, assim compreendido aquele que é regido por uma técnica determinada.

Tendo em vista o intento deste trabalho, resta-nos a missão de apresentar breves considerações acerca da disciplina destinada ao contrato ao longo da História. Neste capítulo trataremos de fases que nos parecem merecer maior atenção, em vista da influência exercida a respeito da forma como a matéria foi abordada em períodos posteriores. Nossa escolha é determinada pelo papel fundamental que o direito romano exerceu – especialmente – em relação aos ordenamentos jurídicos ligados à matriz romano-germânica. Além dele, avaliaremos o direito medieval e o direito canônico.

1. REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227-230.

2. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980, p. 89.

1.2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

1.2.1. Direito romano

Para que seja possível analisar a disciplina contratual no direito romano é importante lembrar o inegável vínculo que existe entre ela e o direito das obrigações. Afinal, é no seio da teoria das obrigações que avaliamos o caráter essencial do contrato como instituto jurídico. Sendo assim, na esteira do que sustenta Juan Iglesias³, devemos esclarecer que o direito das obrigações pode ser considerado como a obra de maior envergadura dentre todas aquelas desenvolvidas pelos romanos.

O cerne dessa construção teórica se dá a partir da definição da noção de *obligatio*, a qual, segundo afirmação de Moreira Alves⁴, é concebida como o vínculo que gera obrigação a determinada pessoa. Na lição de Thomas Marky⁵, trata-se do liame jurídico que existe entre credor e devedor, por meio do qual o primeiro tem direito a exigir determinada prestação do segundo. Lembra o referido autor que já nessa definição conseguimos compreender o sentido de *relatividade* típico das relações obrigacionais, em oposição àquele modo *absoluto* por meio do qual são estabelecidas as relações jurídicas de caráter real.

Para além de permitir a definição de dois polos – ativo e passivo – nas relações jurídicas obrigacionais, a *obligatio* acaba por afirmar a existência da ideia de débito – como dever de cumprir a prestação – e de responsabilidade – como sujeição em caso de descumprimento. Juan Iglesias sustenta:

Dentro da obrigação antiga, o ponto de vista da responsabilidade se coloca em primeiro plano. A *obligatio* é um vínculo da própria pessoa, uma submissão pessoal ao poder – *manus* – do credor próprio ou alheio. A sujeição da pessoa em seu mesmo *corpus*, deriva de um dever – do dever, nascido da liberdade, de observar uma determinada conduta em relação a outro indivíduo –, mas é tal sujeição, e não o dever, o que a consciência social ressalta.⁶

A obrigação romana em sua concepção antiga confere maior relevância à perspectiva da responsabilidade que decorre do dever. A razão para isso reside no fato de tal responsabilidade recair, em um primeiro momento, sobre a pessoa do devedor. Devemos lembrar que houve período do direito romano no qual a responsabilidade pelo adimplemento obrigacional não se dava sobre o patrimônio do devedor, mas sim sobre sua pessoa. Eis a razão para que um devedor se transformasse em escravo de seu credor. Além disso, cumpre ressaltar o papel exercido pela liberdade daqueles que, livres, decidiam obrigar-se por meio da *obligatio*. Essa relação entre liberdade, obrigação e dever alicerça a *noção de autonomia da vontade* que se mostra um dos pilares das relações jurídicas obrigacionais.

3. IGLESIAS, Juan. *Direito romano*. 18a ed. São Paulo: RT, 2010, p. 459.

4. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 14. ed. rev., corr. aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 375.

5. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 107.

6. IGLESIAS, Juan. *Direito romano...*, cit., p. 463.