

GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À MORADIA: APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL AOS FINANCIAMENTO HABITACIONAIS

Tiago Moreira Gonçalves

Dissertação de Mestrado em Direito

Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

Orientação: Profa. Dra. Maria Emília Pereira Teixeira

Coorientação: Profa. Dra. Mónica Teresa Costa Sousa

Maio, 2020



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Tiago Moreira Gonçalves

**GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À MORADIA: APLICAÇÃO DA
TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL AOS FINANCIAMENTO
HABITACIONAIS**

Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Universidade Portucalense Infante D. Henrique para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a Orientação da Professora Doutora Maria Emília Pereira Teixeira e Coorientação da Professora Doutora Mónica Teresa Costa Sousa.

Departamento de Direito

Maio, 2020



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sobretudo, a Deus, por sempre me guiar, iluminar meus caminhos e me apresentar o amor ágape através de meu filho Santiago Moreira Goncalves.

Agradeço, a minha família, por sempre estar ao meu lado, me nutrindo com amor, apoio e força de vontade.

Agradeço, ainda, as minhas orientadoras, por acreditarem em meu potencial acadêmico.



UNIVERSIDADE PORTUGALENSE

RESUMO

No Brasil, as decisões judiciais têm se mostrado controversas no que diz respeito à possibilidade de aplicar a teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária de bens imóveis. Este é um tema que aflige um grande número de pessoas que por motivos diversos, após adimplir a maioria das parcelas do contrato de alienação fiduciária de um bem imóvel, se vê em mora e correndo o risco de ter o imóvel tomado de volta. Esta dissertação discute a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária. Para tanto, discute os direitos fundamentais nas relações privadas; explica a Política Nacional de Habitação, os contratos de financiamento habitacionais e suas peculiaridades; aborda a Teoria do Adimplemento Substancial com base nos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e equivalência material; e discute a (im)possibilidade de aplicar a tese do adimplemento substancial em caso de inadimplência de contratos de financiamento imobiliário que já foram quase que integralmente quitados, restando adimplir um número ínfimo de parcelas. A metodologia empregada na realização desta dissertação foi a pesquisa bibliográfica realizada a partir de referências já publicadas, a exemplo de doutrinas, legislações e jurisprudência que se dedicam ao estudo do tema esmiuçado neste trabalho, permitindo concluir que a teoria do adimplemento substancial deve ser aplicada aos contratos de alienação fiduciária e isto não implica, de forma alguma, em incentivo ao inadimplemento das parcelas finais do contrato, tendo em vista que não há perdão da dívida, mas, sim a proibição de uma medida desproporcional e que pode trazer sérios prejuízos ao devedor, atentando contra sua dignidade e de seus familiares ao retirar-lhe o teto sob o qual está abrigado juntamente com seus entes queridos. E o pior: tudo isto após passar muitos anos de sua vida pagando as parcelas acordadas e tendo quitado a grande maioria delas.

Palavras-chave: Financiamento imobiliário. Alienação fiduciária. Adimplemento substancial.



ABSTRACT

In Brazil, judicial decisions have proved to be controversial with regard to the possibility of applying the theory of substantial performance in fiduciary alienation contracts for real estate. This is an issue that afflicts a large number of people who, for various reasons, after fulfilling the majority of the installments of the fiduciary alienation contract of a real estate, find themselves in arrears and running the risk of having the property taken back. This dissertation discusses the applicability of the substantial performance theory in fiduciary alienation contracts. To this end, it discusses fundamental rights in private relations; explains the National Housing Policy, housing finance contracts and their peculiarities; addresses the Substantial Performance Theory based on the principles of objective good faith, social function of the contract and material equivalence; and discusses the (im) possibility of applying the thesis of substantial default in the event of default on real estate financing contracts that have already been almost fully paid off, leaving only a small number of installments. The methodology used in the realization of this dissertation was the bibliographic research carried out from references already published, such as doctrines, laws and jurisprudence that are dedicated to the study of the subject discussed in this work, allowing to conclude that the theory of substantial performance should be applied to fiduciary sale contracts and this does not imply, in any way, incentive to default on the final installments of the contract, considering that there is no debt forgiveness, but rather the prohibition of a disproportionate measure and that can bring serious losses to the debtor, undermining his dignity and that of his family by removing the roof under which he is sheltered together with his loved ones. And the worst: all this after spending many years of his life paying the agreed installments and having paid off the vast majority of them.

Keywords: Real estate financing. Fiduciary alienation. Substantial performance.



SUMARIO

INTRODUÇÃO	7
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	9
1.1 Direitos Fundamentais	9
1.2 Das dimensões de direitos	23
1.3 Direito social à moradia	28
1.4 Dignidade da Pessoa Humana versus Pacta Sunt Servanda	31
2 A POLÍTICA NACIONAL DE HABITAÇÃO	40
2.1 Política e Sistema de Habitação no Brasil	40
2.2 O Programa Minha Casa Minha Vida	44
2.3 Os contratos de financiamento habitacionais e suas peculiaridades	46
2.3.1 Alienação fiduciária	49
3 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	53
3.1 O adimplemento	53
3.2 A extensão do conceito de adimplemento	58
3.3 A funcionalização do adimplemento e as transformações do inadimplemento	60
3.3.1 A mora e o inadimplemento absoluto	61
3.3.2 A mora no cumprimento das obrigações negativas	63
3.4 A teoria do adimplemento substancial	64
3.4.1 Adimplemento substancial e boa-fé objetiva	67
3.4.2 Adimplemento substancial e função social do contrato	70
3.4.3 Adimplemento substancial e equivalência material	72
3.5 Parâmetros para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial	74
3.6 Fundamentos Legais e Jurisprudência do Adimplemento Substancial no Direito do Consumidor	77
4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAIS	82
4.1 Princípio da revisão contratual ou da onerosidade excessiva	82
4.2 A revisão contratual no direito português e brasileiro	83
4.3 Aplicação da tese do adimplemento substancial aos financiamento imobiliário	93
CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	101



INTRODUÇÃO

Oriundos da mesma família jurídica, qual seja, romano germânica, Brasil e Portugal possuem ordenamentos muito simétricos. Assim, os institutos jurídicos existentes em um, provavelmente será passível de aplicação no outro.

É indiscutível a vanguarda brasileira no que tange ao direito consumerista, haja vista o Código de Defesa do Consumidor, que teve suas discussões iniciadas no Congresso Federal ainda no ano de 1989 – sendo promulgado em 11 de setembro de 1990, fruto da Política Nacional da Relação de Consumo o qual criou um microsistema jurídico de proteção.

Não tão distante, em Portugal, o parlamento aprovou a lei 24/96 que, apesar de não ser uma compilação nos moldes do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, é o principal instrumento normativo das relações consumeristas; juntamente às leis 57/2008, 24/2014, entre outras.

Nessa evolução jurídica da proteção ao consumidor, os principais sistemas de ambos os países tiveram como propulsores: o princípio da boa-fé e da função social do contrato.

Com base no princípio da boa-fé e da função social do contrato, as relações obrigacionais foram revistas, saindo-se de interpretações formalistas/rígidas, para hermenêuticas axiológicas.

Ante a essa evolução, que também contaminou diversas teorias surgidas ao longo do tempo, em especial a teoria do adimplemento substancial, não era mais plausível aceitar a extinção de um contrato por inadimplemento de parte insignificante das prestações.

Desta feita, passou-se a aplicar, nas relações consumeristas, onde uma das partes buscava a extinção do contrato por conta de inadimplemento de parcela insignificante, a teoria do adimplemento substancial.

Esta dissertação objetiva discutir a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária.

Trata-se de um tema relevante, pois, no Brasil, as decisões judiciais têm se mostrado controversas no que diz respeito à possibilidade de aplicar a teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária de bens imóveis. Este é um tema que aflige um grande número de pessoas que por motivos diversos, após adimplir

a maioria das parcelas do contrato de alienação fiduciária de um bem imóvel, se vê em mora e correndo o risco de ter o imóvel tomado de volta.

Busca-se, pois, demonstrar que em homenagem à função social do contrato bem como dos princípios que concorrem para assegurar a dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a teoria do adimplemento substancial do contrato, pois, desta forma, valores de relevância indiscutível restam preservados.

Entende-se, ainda, que a razão alegada por aqueles que são contrários à aplicação da teoria do adimplemento substancial não deve prosperar, pois aplicar a teoria não afronta os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, tendo em vista que a dívida não será perdoada e o credor continuará tendo o direito de buscar pelo cumprimento da obrigação, valendo-se dos demais meios legais cabíveis para satisfazer seu crédito.

A metodologia empregada na realização desta dissertação foi a pesquisa bibliográfica realizada a partir de referências já publicadas, a exemplo de doutrinas, legislações e jurisprudência que se dedicam ao estudo do tema esmiuçado neste trabalho, sendo estas as pedras de toque que fundamentam os quatro capítulos que preenchem o trabalho.

Para a consecução do objetivo proposto, esta pesquisa encontra-se dividida em quatro capítulos: o primeiro capítulo discute os direitos fundamentais nas relações privadas; o segundo capítulo explica a Política Nacional de Habitação, os contratos de financiamento habitacionais e suas peculiaridades; o terceiro capítulo aborda a Teoria do Adimplemento Substancial com base nos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e equivalência material; por fim, o quarto capítulo enfrenta o objetivo principal desta dissertação, que é discutir a (im)possibilidade de aplicar a tese do adimplemento substancial em caso de inadimplência de contratos de financiamento imobiliário que já foram quase que integralmente quitados, restando adimplir um número ínfimo de parcelas.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Este capítulo aborda os direitos fundamentais nas relações privadas. Inicia-se trazendo alguns conceitos e a evolução histórica dos direitos fundamentais, para na sequência, adentrar-se na análise sobre as gerações de direitos, dando-se ênfase nos direitos sociais e, mais especificamente, no direito à moradia.

Tendo em vista que esta dissertação versa sobre a teoria do adimplemento substancial aplicada aos contratos de financiamento habitacionais em alienação fiduciária, finaliza-se o presente capítulo contrapondo a dignidade da pessoa humana ao *Pacta Sunt Servanda*.

1.1 Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo, no século XVIII, mais particularmente com o surgimento das Constituições escritas. É imperioso ressaltar, contudo, que os direitos e garantias fundamentais não se restringem àquela função de limitar a atuação estatal, de modo a proteger o homem de possíveis arbitrariedades cometidas pelo poder público, hipótese em que são conhecidos como liberdades negativas¹.

Com efeito, a verdade é que os direitos fundamentais também têm por função permitir que o indivíduo possa participar, de maneira efetiva, do processo político do Estado a que esteja vinculado, não só por meio do exercício do voto e dos demais mecanismos de participação popular, como também se candidatando a ser representante do povo na condução daquele mesmo Estado. Tem-se aí os chamados direitos políticos, também conhecidos como liberdades-participação.

Por outro lado, sabe-se que os Estados têm ampliado consideravelmente o conteúdo de suas Constituições, buscando trazer para o corpo delas alguns temas que, à época do Liberalismo clássico, não figuravam naqueles diplomas normativos. Esse fenômeno coincidiu com o surgimento do denominado Estado Social (*Welfare State*), iniciado com a Constituição mexicana de 1917, porém notabilizado com a Constituição de Weimar de 1919².

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos fundamentais*. 7. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, t. IV, p.126.

² *Ibidem*, p.126.

Portanto, as Constituições dos Estados passaram a prever, de maneira cada vez mais intensa, diversas hipóteses de intervenção estatal na vida privada. Ao invés de conter apenas regras de regência do Estado e de proteção dos indivíduos contra o poder estatal, passaram também a conter um conjunto de normas de ordem social, cultural e econômica, tanto para a redução das desigualdades sociais, como também para incentivar o desenvolvimento nacional e foi neste contexto que surgiram os direitos fundamentais.

O homem se comporta socialmente baseado em crenças religiosas e ideológicas, em princípios morais e éticos e, muitas vezes, sob limitantes problemas biológicos e sociais. Os comportamentos humanos, os quais se exteriorizam de maneira positiva ou negativa, consciente ou inconscientemente, são a origem da necessidade das leis. Atos que trazem prejuízos ao meio ambiente podem gerar danos morais. Deste modo, enquanto não cessarem os excessos cometidos é imperativo ao Estado assumir a função de tutelar, garantir e promover a defesa dos direitos fundamentais explicitados na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido se manifesta Marcelo Schenk Duque³.

Os direitos fundamentais, quando entendidos em sua dimensão objetiva, consubstanciam-se no pressuposto de um dever do Estado de atuar de forma eficaz, protegendo os indivíduos da atuação de outros, o que, se não ocorrer, poderá ensejar, até mesmo a responsabilização dos poderes públicos na esfera civil devido à omissão.

Assim, nesta dissertação parte-se, de início, da premissa de que Constituição e direitos fundamentais protagonizaram e continuam a protagonizar, conjuntamente, o processo de limitação do poder estatal, a implantação da noção de Estado de Direito; trata-se da estruturação jurídica do Estado por meio de um documento que abarca as escolhas básicas, assegurando o estatuto do indivíduo diante do poder estatal.

O Estado constitucional, em primeiro lugar, é aquele cuja estruturação se encontra em uma Constituição e vem acompanhada, necessariamente, pela previsão e garantia de direitos fundamentais; Estado cujo poder se limita pela Constituição e encontra fundamento nos direitos fundamentais. Segundo Sarlet, o papel da Constituição, nesse modelo estatal, é fundamental, já que é em tal documento que se firma o estatuto relacional dos indivíduos com o Estado e entre si, bem como se estrutura o próprio

³ Os direitos fundamentais afirmam-se como elementos de ordenação das pessoas para a coletividade. Os bens e interesses jurídicos que em geral são objeto de tutela pelos direitos fundamentais não foram criados pelo Estado, haja vista que possuem uma origem considerada pré-Estatal. [...] Trata-se de bens do mais alto significado, que se originaram não da ação estatal em si, mas no mundo dos fatos e que na acepção do Estado de direito, devem ser protegidos pelo Estado (DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.52).

Estado⁴. A Constituição é o topo da ordem jurídica do Estado constitucional ao congregar em si as decisões mais importantes da comunidade política.

O que se deseja enfatizar é a natureza normativa, ou seja, entender a Constituição como verdadeira norma jurídica neste modelo; uma Constituição normativa é aquela que efetivamente domina o processo político ao garantir o seu desenrolar democrático e, além disso, regula, em certa medida, os direitos fundamentais, não apenas os enunciando.

Além disso, como expõe Osvaldo Ferreira de Carvalho⁵, uma das características que melhor define o atual Estado Constitucional é a imposição ao Estado de proteger os direitos, mesmo que o realize à margem da lei ou inclusive em posição/condição que supere os parâmetros da legalidade, visto que não se trata da eficácia dos direitos fundamentais na medida e nos termos demarcados na lei, mas se consubstancia na eficácia dos direitos fundamentais na medida e nos termos estabelecidos na Constituição.

Conforme enfatiza Sarlet “os direitos fundamentais [...] nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”⁶. Verifica-se que a ideia de direitos fundamentais está atrelada com a ideia de constitucionalismo, pois os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de proteger o homem do abuso de poder advindo do Estado, a partir dos ideais provenientes do Iluminismo nos séculos XVII e XVIII.

A partir do segundo pós-guerra, as Constituições em grande parte dos Estados mudaram sua estrutura, passando de Constituições sintéticas, que regulavam apenas a divisão dos poderes e a segurança pública, para Constituições analíticas, que incorporaram toda a lógica de valores e princípios construídos pela humanidade ao longo da história. Estes direitos quando adentram ao ordenamento jurídico de um país recebem a denominação de direitos fundamentais⁷.

Para sua caracterização, os direitos fundamentais recebem da doutrina dois critérios formais, quais sejam: 1) são designados direitos fundamentais os direitos ou

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.58-59.

⁵ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Restrições aos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p.126.

⁶ *Ibidem*, p.35.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.128.

garantias elencados no instrumento constitucional; 2) são aqueles direitos que recebem da Constituição um maior grau de garantia ou segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada⁸.

Direitos, garantias e deveres é a tríade que regula a vida em sociedade de todo e qualquer cidadão, porém, para que estas três grandezas jurídicas tenham valor jurídico e sejam respeitadas, precisam estar definidas e asseguradas por meio de leis e pela Constituição de um país. No Estado brasileiro estas grandezas foram dispostas e referendadas como dispositivos de lei obrigatórios na Constituição Federal de 1988. É evidente que enquanto ser social, os direitos básicos de todo ser humano devem ser respeitados, salvaguardados, garantidos e obedecidos pelo Estado.

Com a instituição da Constituição Federal de 1988, que possui como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais tornaram-se objetos primordiais à ordem constitucional, já que constituem os elementos jurídicos necessários para a proteção da existência humana com dignidade. Com isso, os direitos fundamentais são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna.

Colocar a salvo a integridade dos indivíduos em seus aspectos mais extensos constitui-se em uma das finalidades e razões para a criação das leis, as quais têm como principal escopo facilitar e beneficiar as relações cooperativas de vida em sociedade. Entretanto, a manutenção da ordem social plena só será possível quando cada cidadão respeitar suas responsabilidades individuais.

Referente aos direitos fundamentais, Sarlet coloca que uma das mais importantes inovações é a trazida pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, pois segundo este dispositivo consigna, as normas que definem direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, a princípio excluindo a natureza programática destes preceitos⁹. Mesmo assim ficou assegurada a supremacia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e importa destacar, ainda, a proteção trazida pelo art. 60, § 4º, que é o artigo em que as cláusulas pétreas são estabelecidas.

Verifica-se assim que no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais estão precipuamente listados nos arts. 5º a 17º da Constituição Federal de

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.128.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit., p.58.

1988, sem esquecer, é claro, da chamada abertura material do catálogo, previsto nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição¹⁰.

Além de tais classificações, existem princípios que orientam a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, tais como: supremacia da Constituição; eficácia direta; eficácia vinculante e eficácia irradiante. Estes princípios informam e estruturam o sistema a partir de um âmbito objetivo (ordem de valores) e subjetivo (direitos passíveis de ser exigidos por todos os participantes da ordem jurídica). Sendo assim, toda a discussão jurídica é realizada dentro de um mesmo sistema, que deve ser construído com base na coesão legislativa, e toda a inconsistência ou lacuna precisa ser expurgada através de controle de constitucionalidade.

Outro ponto relevante a respeito dos direitos fundamentais reside na necessidade de compreender que estes não são absolutos. Eles podem conflituarem e, nestes casos, um irá se sobrepor a outro(s), situação em que será necessário proceder à ponderação de princípios.

As limitações aos direitos fundamentais materializam-se de várias formas. Segundo Carvalho, há certas hipóteses em que a ausência de lastro jurídico que legitimem certas ações humanas não advém de intervenções legislativas nos direitos, mas do seu próprio perfil traçado na Constituição¹¹. Em outros casos, o legislador possui autorização constitucional para definir ou modular os contornos do Direito. E, quando o Judiciário faz uso do método da ponderação de interesses, tem-se que a limitação ao direito fundamental ocorre *in concreto* por meio do afastamento de sua incidência numa hipótese específica.

Carvalho explica que as restrições de direitos fundamentais são normas que estabelecem privações ou supressões de certas formas de exercício dos direitos que, partindo-se de uma interpretação ampliativa, estariam compreendidas no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram¹².

Ao afirmar que as restrições são normas, cumpre consignar que, como destaca Robert Alexy, “[...] uma norma pode ser uma restrição de direito fundamental só se é

¹⁰ “Art. 5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹¹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Restrições aos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p.128.

¹² *Ibidem*.

constitucional”¹³. Dessa forma, as restrições – para serem entendidas como tais – hão de mostrar-se constitucionalmente legítimas.

Lembra Duque que a restrição poderá ser versada em lei geral ou ser produto da interpretação jurídica levada a efeito pelo Poder Judiciário, ou seja, ela pode surgir não apenas em abstrato, no ato legislativo, mas pode também aparecer no momento aplicativo¹⁴.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º e 5º, estendeu o reconhecimento dos direitos fundamentais, mas paralelamente foram ampliadas as possibilidades de colisões entre direitos, fruto não apenas da Constituição, mas das mudanças na sociedade e no papel do Judiciário, o que faz surgir a necessidade de uma técnica racional de análise e de resolução de controvérsias, de procedimentos que permitam decisões coerentes, capazes de inibir lesão a direitos e a discricionariedade.

Assim, não cabe apenas recorrer à subsunção. Abre-se espaço à ponderação. Mas ela não pode ser irracional, já que os direitos fundamentais são constituídos de valores às vezes conflitantes e difíceis de serem harmonizados. Deve-se, portanto, buscar concretizar os direitos de maneira fundamentada, observando requisitos que reduzam ou domestiquem a discricionariedade ínsita à ponderação.

Desta forma, surge o debate no âmbito nacional quanto às restrições a direitos fundamentais. Neste contexto, surge a teoria externa e a interna que de forma diferente tentam encontrar o entendimento sobre limites ou restrições, conforme explana Afonso da Silva¹⁵.

A teoria externa, de caráter liberal, identifica os direitos fundamentais como uma maneira de obstar a intervenção do poder estatal na esfera privada. A teoria externa entende por restrições determinações que são externas aos direitos, ou seja, vêm de fora, que teriam de ser previstas expressamente na Constituição, e que deveria prevalecer a liberdade. A regra é a não intervenção. A restrição amputa, diminui o âmbito do direito. Por isso deveria ser expressamente prevista, deveria ser veiculada por lei, respeitar a igualdade e a proporcionalidade.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.244.

¹⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.55.

¹⁵ Enquanto as teorias externas [...] – não somente aceitam como também pressupõem – em quase todos os casos – a necessidade de restrição a direitos fundamentais, os adeptos de teorias internas utilizam o conceito de limite para rejeitar essa necessidade. A contraposição entre definição de limites, de um lado, e imposição de restrições, de outro, explicita as diferenças entre os dois enfoques (SILVA, José. Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.131.)

Já a teoria interna surge com o entendimento de limites que são imanentes, ou seja, que são internos aos direitos, que são barreiras a eles. De certa forma, a teoria interna entende que existiria uma reserva de intervenção colocada ao legislador o que de certa forma tem o sentido inverso ao da teoria externa, que limita as intervenções nos direitos, ou seja, permite uma intervenção maior do Estado. Conforme Jorge Reis Novais, a teoria interna imanente revela uma fronteira ao conteúdo do Direito¹⁶.

A teoria interna segundo José Afonso da Silva¹⁷ traz o entendimento de limites imanentes, desta forma, os direitos fundamentais não seriam absolutos, tendo em vista, possuírem limites constitucionais, implícitos ou explícitos.

Novais¹⁸ aduz que quando se fala de limites entende-se que serão declarados limites previamente existentes, já quando se trata de restrição seria algo constituído, como uma nova restrição, algo que não seria imanente, não estaria na Constituição. Então, quando se observam colisões entre direitos fundamentais, consoante a teoria interna seriam declarados limites constitucionais e não restrições, destacadas do direito, conforme expressa a teoria externa.

Uma das críticas à teoria externa identifica nela uma insegurança jurídica, pois existiria um direito *prima facie* que geraria uma expectativa de sopesamento entre princípios para a solução dos confrontos entre os direitos fundamentais.

Assim, na sociedade cada vez mais complexa e, em consequência, com problemas também mais complexos, aumenta a ocorrência de colisões entre direitos fundamentais. Observa-se que ambas as teorias são extremadas. Segundo Oscar Vilhena Vieira¹⁹, primeira, liberal e garantista, limita a intervenção do Estado na promoção de interesses públicos que se chocam com liberdades individuais; a segunda é mais favorável à intervenção do Estado, mas deixa fluidos os limites de tal intervenção, ameaçando a liberdade.

Por isso, parece mais interessante um entendimento intermediário, que leve em consideração os valores envolvidos na situação específica por meio da ponderação que, conforme Luís Roberto Barroso é uma “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.167.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.133.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Op. cit., p.169.

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo Malheiros, 2016, p.87.

difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”²⁰. Pode-se aproveitar também os limites aos limites (legalidade, igualdade, proporcionalidade, não-retroatividade) como critérios que podem auxiliar na resolução das controvérsias.

Destaca-se a necessidade de coerência e integridade na jurisprudência para assegurar que as colisões que eventualmente surjam, sejam adequadamente solucionadas e que não existam posições que não respeitem a Constituição, ou, sejam discricionárias ou subjetivas, devendo haver coerência e integridade em decisões que busquem resolver colisões entre tais direitos. A exigência de coerência e de integridade decorre da teoria da argumentação jurídica, a partir de autores como Ronald Dworkin²¹, e pode auxiliar na resolução de referidas colisões fazendo uso da ponderação.

Conforme foi visto, não existem direitos fundamentais absolutos e, portanto, eles podem sofrer restrições e limitações. Assim, sempre que, num caso concreto, se constatar uma colisão entre dois direitos fundamentais, por exemplo, o julgador deve compreender que, no ponto de partida, os dois bens jurídicos conflitantes têm o mesmo peso na balança da ponderação.

Com efeito, serão depois os critérios jurídicos que vão sendo colocados num prato da balança ou no outro a determinar qual o bem jurídico prevalecente à chegada. Deste jeito, é perceptível que se está perante dois bens jurídicos que mereceram a consagração na Constituição.

Desde logo, torna-se imperioso carrear o princípio da ponderação, porquanto sempre que possível é necessário tentar-se uma solução de otimização em que ambos os direitos se realizem. Porém, sempre que assim não se logra solucionar o conflito, é legítima a convocação do princípio da ponderação, segundo o qual um direito prevalecerá sobre o outro, sem obnubilar que esta solução de preferência se esgota no caso concreto que resolve.

Neste domínio, impõe-se ainda verificar a observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, com os corolários inerentes da legitimidade de meios e fins, proporcionalidade em sentido estrito, necessidade e adequação. Igualmente, o núcleo essencial do direito concretamente preterido deve permanecer intocado, sob pena

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.334.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.27.

de a restrição se revelar ilegítima por violação do princípio da salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Sarlet²² também opera como fator de limitação e restrição aos direitos fundamentais. Isso ocorre em razão da incidência de seus efeitos quanto à ordem comunitária, onde se verifica a eficácia privada dos direitos fundamentais pode-se sustentar que todas as entidades privadas bem como os particulares se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa condição de supremacia sobre os demais princípios e, portanto, apesar de não ser absoluto, dificilmente possuirá um peso menor se comparado a outros princípios. Trata-se, pois, de um princípio que, segundo Flávia Piovesan²³, exerce controle sobre a atividade estatal em face dos indivíduos, impedindo, assim, que o homem seja reduzido à condição de objeto, garantindo-se que o pleno gozo dos direitos tipicamente fundamentais, a exemplo do direito à moradia, seja inviolável.

Nada mais lógico que seja assim, na justa medida em que as colisões e conflitos de direitos fundamentais e os conflitos destes com outros bens constitucionalmente protegidos também induzem a introdução de limites e restrições àqueles direitos. Nesse sentido, o dever de proteção imposto essencialmente aos órgãos estatais, é igualmente estabelecido aos particulares nas relações entre si e mesmo no sentido da proteção da pessoa contra os atos que ela própria possa cometer atentatórios à sua dignidade, como decorrência da natureza indisponível da dignidade humana como parcela do núcleo fundamental dos direitos fundamentais.

Assim, necessário em todos os casos é o exercício da ponderação dos bens em causa com vistas na proteção eficiente da dignidade da pessoa ao aplicar também o princípio da proporcionalidade que, por sua vez, igualmente encontra-se conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A proporcionalidade é o critério, como entendem alguns doutrinadores, ou o princípio norteador, como entendem outros, para solução desse conflito. A ideia da proporcionalidade, bastante aceita e difundida no pensamento jurídico-constitucional

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit., p.153.

²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Max Limonad, 2013, p. 54.

contemporâneo, teve sua origem, segundo Paulo Bonavides²⁴ na década de 1950 na doutrina alemã e desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, foi recepcionada pela doutrina e jurisprudência de vários países do mundo, inclusive o Brasil.

Partindo da premissa sugerida por Robert Alexy²⁵ de que os princípios são mandamentos visando à otimização e se caracterizam por poderem ser observados em graus diversos, contanto que sejam realizados sempre que possível e atendendo às possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o autor aduz que o princípio da proporcionalidade advém logicamente da natureza dos princípios, por isso há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, incluídas aí suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Referente à adequação, esta seria a relação entre meio e fim da escolhida feita. A necessidade seria a questão do meio menos restritivo ao direito fundamental escolhido, dentre os meios disponíveis. Essas duas decorrem da natureza dos princípios como mandamentos e otimização, em face das possibilidades fáticas.

A proporcionalidade em sentido estrito se refere ao próprio sopesamento, que nos dizeres de Alexy “decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”²⁶. Nas ponderações de Humberto Ávila esse sopesamento “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais”²⁷.

Logo, deve-se questionar em que circunstâncias pode e deve, no intuito de combater uma injustiça maior, deixar de aplicar-se um princípio jurídico tão fundamental como o da fidelidade do contrato? É em torno desta questão que gira toda a problemática da revisão dos contratos, independente de sua causa, questionamento este que nem as diversas teorias elaboradas souberam enfrentar.

A resposta à indagação poderia justificar a aplicação da teoria da eficácia horizontal nos contratos civis desequilibrados, inserindo o princípio da obrigatoriedade dos pactos em uma ordem axiológica renovada, proporcionando-lhe um novo significado de modo a transformá-lo qualitativamente, trilhando um caminho de reconstrução do princípio do *pacta sunt servanda*, alavancando, com isso, um redimensionamento do

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.135.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.117.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.173.

papel da revisão dos contratos à luz dos princípios fundamentais do ordenamento pátrio. A principiologia constitucional permite o diálogo com os dados concretos, de modo a redesenhar a concreta relação contratual tendo por base os valores fundamentais do sistema.

Este caminho alinha-se à constitucionalização do Direito Civil, entendida como concretização de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, dentre as quais as relações contratuais.

Eros Belin Cordeiro²⁸ destaca que o conteúdo e o sentido do princípio da obrigatoriedade dos contratos tiveram uma alteração qualitativa a partir da influência dos princípios e valores consagrados no texto constitucional brasileiro²⁹.

A revisão dos contratos possui particular importância por tornar possível ao magistrado um efetivo grau de concreção, fundado em uma análise tópico-sistemática, essencial para efetivação dos valores e princípios constitucionais. Trata-se da eficácia direta dos direitos fundamentais com relação às relações privadas, tal como defende Sarlet³⁰.

Portanto, a revisão passaria a ser aberta e possibilitaria a resolução dos problemas a partir dos casos concretos, buscando assim pelo equilíbrio entre a autonomia privada e princípios como o da dignidade da pessoa humana, solidariedade, boa-fé e equilíbrio contratual.

Saliente-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual se podem extrair os princípios da boa-fé e da função social do contrato são considerados como fundamentais pelo constituinte e traduzem uma ordem axiológica que privilegia os valores existenciais e, com isso, reformula a própria noção de contrato.

O contrato, portanto, ganhou novos contornos a partir do princípio da dignidade humana. O viés patrimonialista hodierno, em que a relação contratual consubstanciava-se em mera operação econômica, é reavaliado por uma ótica existencialista. Como afirma Pietro Perlingieri³¹, não se trata de ignorar completamente

²⁸ CORDEIRO, Eros B.M. *Da Revisão dos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.103.

²⁹ Assim, as alterações perpassadas pelo referido princípio são mais qualitativas (revelam um novo significado do *pacta sunt servanda*) do que meramente qualitativas (diminuição do alcance do princípio). [...] a vinculatividade dos princípios e valores constitucionais, determinadores da feição contemporânea do nosso ordenamento jurídico permitem a reconstrução de institutos e princípios construídos séculos atrás. (Ibidem, p.103.)

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit., p.155.

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3 ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.65.

o conteúdo patrimonial das relações jurídicas, mas sim de redimensioná-las, funcionalizando-as aos valores existenciais que prevalecem no sistema.

Dessa forma, na visão de Antônio Junqueira Azevedo³², ocorreu uma reviravolta epistemológica onde o contrato passou a ser considerado como composição de interesses do homem, afirmação que traz como proibição a superlativização da obrigação que nele é traduzida (levando à opressão econômica) bem como a simplificação de seu uso como instrumento para a aquisição de bens imprescindíveis à vida.

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana possui eficácia imediata, atingindo diretamente as relações contratuais, de modo que o interesse econômico jamais possa sobrepor-se ao interesse existencial em que a satisfação de um crédito leve à mazela humana.

Isto ocorre porque, ainda que a livre-iniciativa seja princípio norteador da Constituição Federal, promovendo desenvolvimento econômico, o que é de interesse de todos, este não é o único valor a ser ponderado nas previsões econômicas da Constituição. A justificativa é que o desenvolvimento social também é do interesse de toda a sociedade, o que faz, consoante Humberto Theodoro Jr. com que “os deveres éticos da dignidade da pessoa humana se sobreponham a outros valores, quer econômicos, quer sociais”³³.

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana parta de uma expressão indeterminada, vaga e genérica, consegue reproduzir o sentido que pretende expressar. A difícil definição não pode ser obstáculo à sua concretização.

A título de exemplificação, cita-se a questão do inadimplemento de contratos de financiamento habitacional. Evidentemente, que em caso de risco de perder sua moradia, o devedor tem sua dignidade posta em risco de maneira mais grave do que o credor não endividado. Ora, como bem pontuam Cláudia Marques, Karen Bertoncello e Clarissa Lima³⁴ se o não pagamento da dívida como foi estipulada fere a dignidade do credor, o pagamento não revisado deste débito gera a não proteção da dignidade de quem está em dificuldades financeiras, isto é, de quem está a carecer das necessidades básicas. Haverá, no caso concreto, uma ponderação de princípios. Isto porque nem sempre o devedor estará em condição de inferioridade ao credor. É possível, por exemplo, que o

³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.125.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.33.

³⁴ MARQUES, Cláudia; BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: Ministério da Justiça, DPDC/SDE, 2010, p.29.

credor também esteja endividado e necessite do dinheiro para custear tratamento médico. É possível também, e em caso de alienação fiduciária de bem imóvel esta é a possibilidade mais frequente, que o credor seja um banco e que em razão da insegurança trazida pelas revisões contratuais, este passe a impor cada vez mais exigências para contratos futuros, inviabilizando que uma grande parcela da sociedade tenha acesso à moradia própria. Estas são questões sobre as quais é preciso refletir antes que se defenda a indiscriminada revisão contratual com fundamento na dignidade individual, em detrimento da dignidade coletiva.

Por esta razão, importa que não se permita o uso indiscriminado causando excessos na proteção do inadimplente e se busque respeitar a regra da obrigatoriedade dos pactos no que for possível, que não serão feridos os direitos fundamentais do outro contratante nem o interesse público. Assim, proteger o titular do contrato de financiamento de imóvel, revisando suas obrigações pendentes, não é perdoar judicialmente, de pronto, a totalidade de suas dívidas, por exemplo.

Partindo-se da boa-fé do contratante – já que a boa-fé é presumida, a má-fé é que deve ser provada – não há como desconsiderar o sofrimento de um indivíduo endividado e correndo o risco de perder o imóvel em que reside com sua família. O mínimo que a lei deve fazer para auxiliá-lo a quitar suas dívidas é promover um meio para tanto, garantindo-lhe a dignidade. Segundo André Perin Schmidt Neto³⁵, este é um problema, inclusive, de saúde pública que atinge um número incontável de pessoas no mundo, mas em alguns países não recebe a atenção devida. No Brasil, é possível fazer-se uma interpretação do ordenamento conforme a Constituição, reforçando os deveres decorrentes da boa-fé dos contratantes.

É válido abrir um parêntese sobre o culturalismo jurídico³⁶, eis que este possibilita uma abertura do Código Civil a essas influências aqui cogitadas. Importa consignar que Miguel Reale, coordenador da Comissão responsável pelo Código Civil brasileiro de 2002, embasou todo este diploma em três princípios fundamentais: eticidade, socialidade e operabilidade³⁷. A primeira diretriz visa, por meio de cláusulas gerais, permitir que os valores éticos sejam incluídos no direito privado através da hermenêutica

³⁵ SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos Contratos com Base no Superendividamento*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.248.

³⁶ O termo *culturalismo jurídico* é empregado para fazer menção a algumas correntes filosóficas que entendem que o Direito é produto da cultura (SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 7).

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76-77.

dos operadores do direito, permitindo uma contínua atualização dos dispositivos legais. Dessa maneira, o legislador permitiu a aplicação de outros direitos, inclusive o da dignidade da pessoa humana, ao direito privado.

Além disso, segundo Cláudia Marques et al.³⁸, também a proteção dos interesses difusos, notadamente com relação aos direitos humanos, é uma tendência típica da pós-modernidade.

A dignidade, enquanto princípio fundamental no âmbito contratual, também se liga à confiança dos contratantes. Aquele que contrata o faz porque confia que poderá adimplir sua obrigação, bem como confia que a outra parte também o fará e que as circunstâncias permanecerão inalteradas. Quando não se atinge este objetivo, ambos os contratantes frustram-se e, se isto ocorre sem a culpa de nenhum, mesmo que apenas um destes deixe de cumprir, se pode dizer que este teve frustradas suas legítimas expectativas quanto àquele contrato. Deverá ele cumprir sua obrigação de acordo com os limites da dignidade e das legítimas expectativas de ambos. Não se pode dizer que é legítima a expectativa do credor de cumprimento da prestação pelo devedor, quando aquele sabe da situação financeira deste e dos motivos razoáveis que o levaram a ela. Não é legítima a expectativa de pagamento do credor que ignore completamente a dignidade mínima do devedor de boa-fé.

Também o mínimo existencial, o *reste à vivre* dos franceses, ou mínimo social, como denominou a Lei 8.742/93 – a chamada “lei orgânica da assistência social” –, se identifica muito com este princípio.

Assim, ainda que se insista em uma leitura mais clássica do Código Civil e não se admita em nenhuma hipótese a revisão dos pactos entre privados, há que se atentar para a importância da manutenção de um mínimo existencial.

Segundo Cláudia Marques³⁹, um mínimo que garanta a sobrevivência digna deve não apenas ser protegido pelo Estado como, também, deve ser conferido àquele que não o possui, a fim de permitir um mínimo de cidadania. Um Estado que tem o dever de prover tais condições de existência não pode, ao mesmo tempo, tratá-las como objeto de intervenção e retirá-las a pretexto do cumprimento de uma obrigação particular. Ainda

³⁸ MARQUES, Cláudia; BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: Ministério da Justiça, DPDC/SDE, 2010, p.89.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.118.

que continue tendo o dever de exigir o adimplemento desta prestação, deverá encontrar um método que não prive o devedor deste mínimo, sob pena de estar preferindo, ao ponderar valores, o cumprimento dos pactos à dignidade de seus cidadãos.

Todos os ramos do Direito devem estar subordinados aos ditames da lei constitucional, o que se espera de um Estado Democrático de Direito. Já se superou a fase histórica em que via no direito civil, por exemplo, uma área isolada da ciência jurídica; hoje sua constitucionalização já está consagrada, e a subordinação à lei maior desta e de outras leis infraconstitucionais não mais permite atitudes que mitiguem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Explicados os direitos fundamentais, seus conceitos, evolução histórica teorias, restrições e limites, especialmente aplicados às relações contratuais privadas, passa-se a uma breve exposição sobre as gerações de direitos com vistas a melhor compreender, na sequência, o direito social à moradia

1.2 Das dimensões de direitos

As dimensões podem ser definidas da seguinte forma: 1ª dimensão, direitos fundamentais individuais de defesa; 2ª dimensão, direitos fundamentais sociais; 3ª dimensão, direitos fundamentais difusos⁴⁰. Nessa linha de pensamento, passa-se à análise pontual das dimensões dos direitos fundamentais, e da apresentação do momento em que surge o direito à moradia.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão representam os ideais revolucionários do século XVII, em especial com os princípios: da propriedade, da liberdade e da fraternidade. Em suma, esses direitos se traduzem como direitos de Liberdade; foram os primeiros a constarem nas constituições formais como direitos Cíveis e Políticos. Embora hoje tais direitos pareçam ser fixos nos Estados Democráticos, eles oscilam sob a forma de governo de cada Estado e nos seus determinados modelos históricos⁴¹. Desse modo, observa-se que eles podem, ao longo do tempo, sofrer restrições, como aconteceu no Brasil em diversos momentos de sua história constitucional.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.516-517.

⁴¹ *Ibidem*, p.517.

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm como titular o indivíduo são oponíveis ao Estado e ostentam a subjetividade como seu traço característico. Os direitos de oposição ao Estado são conhecidos pelo seu *status negativus*, segundo a Classificação de Jellinek, prestigiando um caráter antiestatal e valorizando o homem-indivíduo. Conforme ensina Paulo Bonavides, “um homem de liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista, que compõe a sociedade civil”⁴².

Os direitos de segunda dimensão nascem do antiliberalismo, sobretudo no século XX, vinculados ao ideal de Estado Social e intimamente ligados ao princípio da igualdade e, são definidos como direitos sociais, culturais e econômicos, bem como, direitos coletivos ou da coletividade⁴³. Esses direitos não existiam antes da formação do Estado Contemporâneo, que, por sua vez, concorre com a formação do Estado Social, surgido em razão das diversas classes criadas pela sociedade industrializada. O esgotamento das liberdades garantidas na primeira dimensão de direitos, em especial devido à criação de uma sociedade estratificada e com a necessidade de criação de uma sociedade de consumo, renova-se o capitalismo, concedendo aos trabalhadores melhores condições de trabalho, saúde e lazer, como forma de conter a pressão social existente. Nesse diapasão, têm-se agora as “liberdades sociais”, como direito de greve, bem como reconhecimento do direito de férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho e de outro lado a participação de toda a sociedade no bem-estar social⁴⁴.

Foram as Constituições Mexicana de 1917 e a de Weimar e 1919, que redefiniram a relação entre Estado e cidadãos, com objetivo de criar a igualdade real ou material, em que todos poderiam ter a possibilidade de participação e de utilização dos mesmos bens sociais postos à disposição. A busca da igualdade material é o elemento qualificador dessa dimensão. Nessas Constituições é que surgem as primeiras menções à ideia de função social da propriedade que podem ser entendidas como correlatas à moradia. Mas é só em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU que, pela primeira vez, pela ordem internacional é que foram reconhecidos os assim

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.518.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.56.

denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais a moradia está incluída⁴⁵.

Com base nesse diploma, a Moradia, aqui definida como habitação, passou a constar em diversos outros Tratados Internacionais como: Pacto Internacional de direitos sociais, econômicos e culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil. Dois outros documentos de fundamental importância no que se refere ao Direito à Moradia no ordenamento pátrio foram: a Declaração de Vancouver sobre assentamentos humanos – Habitat I (1976), no qual restou assegurado que o Direito à Moradia Adequada como um direito básico da pessoa humana; e a designada Agenda Habitat II (1996) resultado de uma conferência da ONU realizada em Istambul, Turquia, que segundo Ingo Sarlet é um dos mais completos documentos sobre a matéria, e do qual inclusive o Brasil é signatário, além de reafirmar a Moradia como um direito de realização progressiva. Com remissão a pactos internacionais anteriores, a declaração trouxe previsão detalhada sobre o conteúdo, a extensão e as responsabilidades dos Estados signatários do referido diploma, no que tange à Moradia Adequada. De caráter regional e de forma muito mais comedida, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), bem como a Carta Social Europeia (1961) também trataram da moradia, porém apenas no que tange à proteção dos trabalhadores estrangeiros (imigrantes)⁴⁶.

No plano constitucional deve-se ressaltar que cerca de 55 países do mundo reconhecem expressamente o Direito à Moradia em suas constituições, o que, por sua vez, demonstra a ascensão dos direitos de segunda dimensão. Porém, a referida previsão expressa vem de algum modo frustrar tanto a sociedade em geral como os operadores do direito, pois os referidos direitos constam destes diplomas, mas não conseguem atingir níveis satisfatórios de efetividade.

Especificamente, no ordenamento constitucional brasileiro, os direitos sociais foram introduzidos a partir da Constituição de 1988 e espalhados por todo o texto. Como já mencionado, o Direito à Moradia aparecia apenas como componente secundário de diversos outros institutos. Somente com a Emenda Constitucional 26/2000 é que estes

⁴⁵ Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência e circunstâncias fora de seu controle) SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, a. 1, v. 1, abr./jun. 2003.p. 74.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, a. 1, v. 1, abr./jun. 2003.p. 75.

direitos foram expressamente elevados ao status formal de direito fundamental. Ressalte-se que parte da doutrina entende que em decorrência do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, que garante a recepção de normas internacionais de Direitos Humanos como direitos fundamentais, e devido à incorporação formal pelo Brasil do Pacto Internacional dos direitos sociais, econômicos e culturais de 1966, o direito à moradia já seria ao menos material-mente constitucional, mas, em consequência da negativa do STF brasileiro e de grande parte da doutrina em reconhecer os referidos direitos como direitos fundamentais, eles só vieram compor tal rol, sem mais discussões, a partir da referida emenda.

Quanto ao debate em torno da juridicidade dos direitos de segunda dimensão, este foi resolvido, no início, com a criação da classificação das normas programáticas, esvaziadas de subjetividade nem imperatividade, apenas uma força objetiva, em que o Estado tem o dever de realizar políticas públicas de acordo com sua oportunidade e conveniência, estando desobrigado de fornecer prestações concretas, e, ainda como tais normas não podiam ser entendidas como direitos individualizáveis, não constituiriam direitos subjetivos.

Marcelo Neves⁴⁷ ensina que, quando o legislador constituinte introduziu tais direitos no texto Constitucional, ele apenas criou um pacto dilatatório de dilemas sociais, os quais a sociedade não conseguiu solucionar até então. Da mesma forma, a expressão pacto dilatatório foi utilizada por Carl Schmitt em relação à Constituição de Weimar. Felizmente, essa perspectiva tem tomado nova feição com o passar dos anos, e, após quase um século, já se percebe que os direitos de segunda geração também possuem subjetividade e na medida em que foram deslocados do conceito de normas programáticas.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, além da ideia de liberdade e igualdade, que têm como cerne o homem, conforme leciona Vazak, “são direitos ligados à fraternidade ou à solidariedade, como: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”⁴⁸. Como doutrina Bolzan de Moraes, “o cerne

⁴⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 41.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.523.

do direito deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo – e difuso – onde a socialização e a coletivização têm papel fundamental”⁴⁹.

O vértice estrutural dessa dimensão é a titularidade coletiva, em diversos momentos indetermináveis, como exemplo o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida⁵⁰. Há a necessidade de novas ferramentas para a tutela desses direitos, ou seja, novos instrumentos para a sua defesa, pois são direitos difusos e transindividuais que personificam a massificação da sociedade contemporânea, exigindo uma dialética efetiva entre condutas do Estado e do Cidadão (ação ou omissão)⁵¹.

A terceira dimensão tem como um dos principais atores o Ministério Público e as Associações, quando se utilizam das Ações Cíveis Públicas. Essa dimensão de direitos recebeu guarida do STF no Julgamento do Mandado de Segurança 22.164-0/SP (julgado em 30 de outubro de 1995, relator Ministro Celso de Melo).

Questão relevante para o debate sobre a qualificação dessa dimensão dos direitos fundamentais é a sua titularidade, pois no tocante à paz, à autodeterminação e desenvolvimento, questiona-se se os referidos direitos são autênticos direitos fundamentais, já que a titularidade e responsabilidade por eles são muitas vezes de Estados e até Mundial. Conquanto haja um número crescente de tratados relativos ao tema, ainda não há um conjunto positivado para dar conta da estrutura geral que envolve os direitos de solidariedade e fraternidade⁵².

Ressalte-se que apesar de ser comum confundir tais direitos com os direitos de primeira geração por se tratarem de liberdades, como é o caso do direito à liberdade de internet, mas os defensores dessa dimensão afirmam que o que os difere é a titularidade difusa deles. Na mesma linha ainda o direito de morrer dignamente, o direito de alteração de sexo, as manipulações genéticas, mesmo sendo derivados da dignidade humana, que deriva da filosofia clássica e do cristianismo, anteriores mesmo aos direitos de primeira dimensão, esses, mesmo assim, enquadrados como de terceira dimensão.

Ainda há quem defenda a quarta dimensão dos direitos fundamentais, como a classificação de Paulo Bonavides⁵³, que, com o brilhantismo de sua experiência,

⁴⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 125.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.57.

⁵¹ SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit., p.57.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.525.

sustenta que a quarta dimensão é resultado da Globalização dos Direitos, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponda à universalização do Estado Social. Tais direitos ligam-se à liberdade de participação pela participação direta, pela informação, e, mesmo que neste momento possam constar de uma categoria utópica, serão a única saída para a globalização política.

Assim, a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz a quarta dimensão dos direitos fundamentais, tendo a democracia, o acesso à informação e o direito ao pluralismo, como centro dessa nova ordem. A ordem de uma sociedade aberta para o futuro são os direitos de quarta dimensão que para a classificação Bonavides⁵⁴ são o topo de uma pirâmide que possui em sua base os direitos de primeira (direitos individuais), segunda (direitos sociais) e terceira (direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade).

Como visto, na segunda dimensão de direitos encontram-se os direitos sociais, no qual se inclui o direito à moradia. Tendo em vista que é o direito à moradia que está sob análise nesta dissertação, a ele será dedicada a próxima seção.

1.3 Direito social à moradia

Em que pese o direito à moradia esteja no rol dos direitos humanos desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inaugurando assim, uma nova dimensão de direitos sociais, no Brasil, somente após a instituição do Estado Democrático de Direito os direitos sociais foram consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo que, quanto ao direito a moradia, esta inclusão deu-se mais adiante, por ocasião da Emenda Constitucional n. 26/2000⁵⁵.

A moradia é essencial às pessoas. É um direito social. Está regulamentado por normas que têm por escopo sua efetividade. Traz em si, portanto, a finalidade de reduzir as desigualdades sociais na promoção do bem para todos, sem preconceitos relacionados à origem, raça, sexo, cor, idade ou outras formas de discriminação, na aceção dos objetivos fundamentais postos na Constituição Federal vigente (Art. 3º, I, III e IV). Sua realização perpassa o interesse em proporcionar um ambiente salutar de

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Com o advento da Emenda Constitucional n. 26, de 2000, o art. 6º passou a ter a seguinte redação: “São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição”.

vivência a cada pessoa, em conexão a meta constitucional de preservar e aperfeiçoar a nação brasileira como uma sociedade solidária. Isso exige um arcabouço normativo atento a esse duplo efeito.

Toda norma jurídica tem relação primordial com os valores. Arnaldo Vasconcelos ensina que “[a] norma prevê condutas segundo valores tidos por justos, os quais se oferecem aos indivíduos, do ponto de vista de sua liberdade, como possíveis, e à sociedade, do ponto de vista de sua preservação e desenvolvimento, como desejáveis”⁵⁶. Assim, o Direito à moradia compreende a liberdade das pessoas com a sociedade capaz de preservar e desejar a sua utilização como critério de justiça.

Não existe norma jurídica sem deveres. Fernando Noronha, ao traçar o dever jurídico como um dever social, explica-se que as normas são comandos rígidos a todos os componentes de um grupo, obrigação numa acepção ampla “significando o dever, compromisso ou imposição que está subjacente a toda e qualquer regra de conduta (ou norma) social, seja ela jurídica, moral, religiosa ou de trato social (cortesia)”⁵⁷.

A regulamentação dos direitos concernentes à organização das cidades brasileiras tem por base aspectos da sociedade e da ordem jurídica em prol de atender problemas sociais e jurídicos, uma vez que muitos direitos são corolários imediatos das necessidades sociais primárias. No caso sob exame, por exemplo, para a moradia como necessidade humana fundamental, exsurge um Direito a ela invariavelmente ligado⁵⁸. Assim, nasce a normatização como um aspecto relevante na solução de problemas relacionados à moradia, por meio da edição de normas em vistas à efetivação de medidas que beneficiem a sociedade respectiva.

Na inexistência de um lugar propício para proteger a si próprio e os familiares, contra as intempéries, um lugar para usufruir de sua intimidade e privacidade, isto é, carente de um “espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das

⁵⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.20.

⁵⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.24-25.

⁵⁸ BONIZZATO, Luigi. *Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015, p.66.

circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o Direito à própria existência física, e, portanto, o seu Direito à vida”⁵⁹.

É preciso que o ordenamento jurídico proporcione meios que possibilitem que a pessoa tenha uma moradia ideal, estabelecendo-se num local apropriado ao desenvolvimento familiar, para evitar uma sociedade com característica não inclusiva, livrando-a de situações degradantes e comprometedoras à vida saudável.

Em razão da urgente necessidade de moradia para a população, entende-se a criação de políticas públicas amplas, como a que se instalou no Brasil nos anos 1960. A Lei nº 4.380/1964 é um caso paradigmático e importa ao tema sob exame na medida em que explicita o movimento organizado pelo Estado para suprir a demanda social por moradia, de modo a legitimar medidas que possam ir ao encontro dessa finalidade. Por ela se instituiu a correção monetária em contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, foi criado também o Banco Nacional da Habitação (BNH), a Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo, implementou políticas públicas voltadas para a habitação criando o Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

Essa norma indica que a aplicação dos recursos terão prioridade na construção de conjuntos habitacionais cujo objetivo é eliminar as favelas, mocambos bem como outras aglomerações em que as pessoas vivem em condições sub-humanas de habitação; além dos projetos municipais ou estaduais que, a partir das ofertas de terrenos urbanizados e dotados dos melhoramentos necessários, autorizarem o início imediato da edificação de residências; os projetos apresentados por cooperativas e outros tipos de associações que priorizam a construção de casa própria; a construção de moradia para a população rural; dentre outras, especificadas no Art. 4º e seus incisos.

Outrossim, o SFH destina-se a simplificar e promover a construção e a aquisição da casa própria, principalmente para as classes menos favorecidas da população. Nesse contexto, as pessoas de baixa renda, com o objetivo de ter acesso à moradia, podem ser beneficiadas com recursos do SFH mediante um financiamento imobiliário.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./dez. 2008, p.13.

Trata-se de financiamento com juros mais baixos e com parcelas de valores reduzidos, mas tendo em vista tratar-se de pessoas de baixa renda, frente às recorrentes adversidades às quais o ser humano está sujeito, é possível que o devedor de um contrato de financiamento imobiliário, mesmo após ter adimplido grande parte das parcelas previstas em contrato, não consiga repentinamente arcar com os valores das parcelas pactuadas e, neste caso, perderá seu direito à moradia, posto que o imóvel será levado a leilão e a experiência mostra que os valores obtidos, neste caso, mal cobrem as parcelas vincendas, já que os valores arrecadados são bem inferiores ao valor de mercado do imóvel, restando ao devedor um valor infinitamente menor ao que na verdade adimpliu.

O resultado é que após anos pagando o financiamento de sua casa própria, de repente, o indivíduo se vê sem moradia e sem dinheiro para tentar adquirir outro imóvel. É neste contexto que se defende a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aplicada aos contratos imobiliários de pessoas menos favorecidas, tendo em vista que o autor desta pesquisa entende que a perda do direito à moradia, após a maior parte das parcelas pactuadas terem sido adimplidas, atenta contra a dignidade da pessoa humana, devendo este contrato ser, portanto, objeto de revisão contratual. Com vistas a fundamentar este posicionamento, a próxima seção irá contrapor a dignidade da pessoa humana ao *Pacta Sunt Servanda*.

1.4 Dignidade da Pessoa Humana versus Pacta Sunt Servanda

A pessoa humana e sua dignidade são fundamentos e fim da sociedade e do Estado Democrático de Direito, consubstanciando-se no cerne do ordenamento jurídico – nacional e internacional, de modo que “é o Estado que existe em função da pessoa humana”, servindo “como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas”⁶⁰.

Conforme referem José Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶¹ em anotação ao art. 1º. da Constituição portuguesa, a dignidade humana e o desejo popular constituem as bases da república.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.98.

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora. Coimbra 2014. v.1, p.16.

Jorge Miranda, a seu turno, explica que quando da consagração constitucional do princípio da dignidade humana encontra-se implícita a ideia de ser a pessoa “fundamento e fim da sociedade e do Estado”⁶².

Embora seja a dignidade da pessoa humana um valor superior que não pode ser ignorado pelo direito positivo, sua importância vai muito além dos limites do positivismo.

Deste modo, por se referir à preservação da integridade e dignidade dos indivíduos e à realização completa de sua personalidade, e, frente às exigências de respeito à dignidade humana, a vigência dos direitos humanos não condiciona que a dignidade esteja declarada em constituições, leis e tratados.

Referente à definição de dignidade humana, Sarlet⁶³ expressa que as formulações são insatisfatórias, com noções pouco precisas, cuja dificuldade decorre do fato de a dignidade estar relacionada à condição humana, guardando estreita relação com as complexas e imprevisíveis manifestações afetas à personalidade humana.

É, pois, o princípio da dignidade humana uma categoria axiológica aberta, mas que não se reduz a garantir apenas a liberdade, “mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada”⁶⁴. Tampouco o conteúdo da dignidade humana abarca tão somente a garantia da sobrevivência física, já que a vida humana é mais do que mera existência.

Não obstante tal inadequação no plano da conceituação fixista do conteúdo da dignidade humana, seu substrato consiste, segundo Sarlet⁶⁵ no reconhecimento, por parte do sujeito, de que os outros são iguais a ele, dotados de livre vontade e autodeterminação, merecendo o mesmo respeito e garantida sua não marginalização, independentemente das circunstâncias concretas, vez que é algo a que toda pessoa faz jus.

Desta feita, pode-se dizer que a dignidade humana leva o indivíduo a ser reconhecido e tratado como humano. Segundo Sarlet, “o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e

⁶² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos fundamentais*. 7. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, t. IV, p.180-181.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, jan./jun. 2007. Disponível em: http://www.escolasuperiordireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em: 3 Mar. 2020.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.31.

⁶⁵ *Ibidem*, p.100.

obrigações, o que implica, principalmente, a manutenção de suas condições de existência”⁶⁶.

Tratando-se da dignidade humana como forma de projetar condições condignas de existência, deflui então o conceito do mínimo existencial, que não se confunde com o mínimo vital, que garante a vida, a sobrevivência física, mas sem necessariamente proporcionar condições dignas, qualidade de vida.

Como pontuam José Renato dos Reis e Iuri Bolesina⁶⁷, o mínimo existencial, por sua vez, é definido como um estágio posterior ao mínimo vital: assegurada a sobrevivência, buscam-se os direitos e a fruição destes em um patamar quantitativo e qualitativo que concretize a dignidade humana segundo as particularidades do contexto específico.

Atuando como vetor interpretativo e verdadeiro direito pleno e aplicável, o mínimo existencial tem função assecuratória da “dignidade humana nas relações interprivadas, já que é bastante claro que os particulares podem concretizar ou violar a dignidade de outros particulares”⁶⁸, mormente nas estipulações contratuais.

Nesta toada, obtempera-se que um direito privado saudável deve ter por centro o conceito de personalidade, devendo garantir e proteger os direitos da personalidade.

Tendo em vista que esta dissertação refere-se à aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de financiamento habitacionais em alienação fiduciária, há que se ressaltar que os particulares não podem adotar condutas violadoras do mínimo existencial, e, portanto, também o contrato deve subsumir-se ao princípio da razoabilidade, tanto em suas estipulações quando da sua conclusão, como em relação à intangibilidade do contrato quando de seu cumprimento, se supervenientes alterações fáticas desproporcionais e onerosas surgirem obstando seu inteiro adimplemento.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.101.

⁶⁷ REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo poder judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal De Justiça do Rio Grande Do Sul – TJRS. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, jun. 2014, p.380.

⁶⁸ *Ibidem*.

E neste desiderato, curial a ação jurisdicional, tendo o Judiciário a função de “fiel da adequação constitucional [...] nas relações firmadas por particulares”⁶⁹, como, por exemplo, o ajuste de cláusulas abusivas em contratos.

Mas não é somente no viés pós-violatório que o instituto do mínimo existencial se faz presente. Outrossim, “as relações particulares devem ser pautadas por meios de se proteger e de se promover o mínimo existencial antes da ocorrência do dano”⁷⁰ defluindo daí a boa-fé objetiva, a função social, eticidade e outros princípios que fundamentam a estipulação das cláusulas contratuais e o comportamento dos contraentes antes e durante a execução do pacto.

Há de se frisar ainda que o mínimo existencial, enquanto vetor de razoabilidade e baliza de quantidade e qualidade na fruição de direitos, limita as cláusulas contratuais e permite a readequação do contrato não apenas para defender a existência condigna do devedor, mas também para obstar o locupletamento abusivo e desmedido por parte do credor, evitando que este lucre além daquilo que, nas particularidades inerentes ao caso concreto, lhe seria licitamente permitido auferir.

A dignidade da pessoa humana, contudo, transcende o aspecto garantista individual, mas assume uma consideração comunitária, de modo que sua plenitude é realçada no contexto de intersubjetividade das relações humanas⁷¹.

Deste feixe de deveres de que fala Sarlet⁷², podem-se extrair os deveres de solidariedade e eticidade que, no contexto da presente dissertação, e com base na vedação constitucional ao lucro abusivo e sem justa causa, materializam o respeito pela pessoa e por sua dignidade perpassando o equilíbrio dos contratos, de modo que não é lícito a uma parte obter benefícios a maior, ou então, recusar à readequação do contrato, demandando que a contraparte cumpra a avença com sacrifícios desarrazoados.

⁶⁹ REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo poder judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal De Justiça do Rio Grande Do Sul – TJRS. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, jun. 2014, p.380.

⁷⁰ *Ibidem*, p.382.

⁷¹ [...] a dignidade da pessoa humana – no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva – implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao ‘florescimento humano’ (SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, jan./jun. 2007, p.370-371. Disponível em: http://www.escola.superiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em: 3 Mar. 2020.)

⁷² *Ibidem*.

Tal decorre da equalização em dignidade de todos os seres humanos, conforme estatuído no plano transnacional pela Declaração de Direitos de 1948, que reconheceu todos os homens como iguais em dignidade e direitos.

Sendo a igualdade o fundamento da dignidade, que veda ser o indivíduo vítima de qualquer tratamento discriminatório, esta igualdade não é apenas formal, mas, sim, substancial, prevendo a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade, ensejando reconhecimento e proteção pelo ordenamento jurídico, cuja função torna-se a de zelar para que todos sejam igualmente considerados e respeitados pelo Estado e pela comunidade.

Uma vez que cada pessoa é credora de um dever de respeito e proteção, a dignidade da pessoa humana não atua somente como um limitador da atuação estatal (perspectiva democrática do Estado de Direito) ou diretiva de ações afirmativas estatais (perspectiva do Estado Social de Direito), mas também envolve as relações privadas, cujo exemplo maior encontra-se nas pactuações contratuais.

Assim, em prestígio à distribuição de justiça, a intervenção judicial para revisar o contrato constitui instrumento de equiparação e equilíbrio da avença, suplantando as desigualdades reais que influíram na pactuação e os desequilíbrios decorrentes de alterações circunstanciais posteriores.

Consoante Fábio Konder Comparato⁷³, a consideração e o tratamento do outro como um ser inferior configura “pecado capital” contra a dignidade humana, de modo que estar-se-á desrespeitando a dignidade humana sempre que houver a desnaturação do homem como um fim em si mesmo, sendo convertida a pessoa em instrumento para fins alheios.

Deve-se ressaltar, no entanto, que, sendo o objeto do princípio da dignidade humana a proteção dos direitos da personalidade, a tutela da pessoa humana não pode ser relegada a hipóteses isoladas, mas é um valor fundamental que admite uma série aberta de situações. Não havendo uma quantidade fechada de hipóteses tuteladas, não é possível formular um catálogo dos possíveis atentados à pessoa.

Observa-se, no âmbito contratual, que o cumprimento das obrigações não poderá se dar por uma prestação atentatória da dignidade da pessoa, vale dizer, prestações que impliquem sacrifício tamanho para o devedor, tendo em vista que a garantia de

⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.34.

condições justas de existência ao indivíduo e seus familiares, sua proteção contra as necessidades materiais e a garantia de uma existência digna é que dimensionam o valor da dignidade humana⁷⁴.

Ainda, ante o fato de que a concepção do homem-objeto constituía antítese da ideia de dignidade da pessoa humana, a prestação obrigacional que, por abuso na estipulação da cláusula ou pela superveniência de fatos no decurso da execução ocasione demasiado sacrifício do devedor, estará reduzindo o devedor em objeto, em instrumento de enriquecimento e aumento patrimonial do credor, em desprestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, “onde não houver limitação do poder [...] não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa) por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”⁷⁵.

Em termos quantitativos, a quantificação de quando a prestação contratual atenta à dignidade da pessoa humana, por exigir do devedor sacrifício exagerado, não pode ser tarifada aprioristicamente, mas deve ser verificada à luz das circunstâncias que permeiam o caso concreto. Mesmo valendo-se do mínimo existencial, a quantificação é realizada na análise do caso *sub judice*, já que a quantidade de fruição dos direitos “será diferente entre si e entre eles mesmos em diferentes contextos”⁷⁶. Isto não obsta, todavia, de se vincular à prestação atentatória àquela que empobrece em demasia o contratante, já que segundo Ricardo Lobo Torres “o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza”⁷⁷.

Neste sentido, então, a prestação será atentatória quando comprometer o orçamento do devedor, reclamando, para seu cumprimento, os recursos que seriam destinados aos “gastos mensais normais do que se chama de mínimo existencial: casa, comida, luz, água, transporte”⁷⁸.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.105.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, jan./jun. 2007, p.380. Disponível em: http://www.escola.superiordireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em: 3 Mar. 2020.

⁷⁶ REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo poder judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal De Justiça do Rio Grande Do Sul – TJRS. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, jun. 2014, p.375.

⁷⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989, p.30.

⁷⁸ MARQUES, Cláudia; BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: Ministério da Justiça, DPDC/SDE, 2010, p.20.

Em relação à obrigatoriedade da convenção, reconhecível pelo brocardo *pacta sunt servanda*, anote-se a influência do Direito Canônico. Arnaldo Rizzardo⁷⁹ explica que os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, realizavam a interpretação das normas do Direito Romano com uma inspiração mais elevada. No que diz respeito ao contrato, entenderam que o seu descumprimento implicava quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía pecado (*peccatum*), faltar ao obrigado atraía as penas eternas.

Pelo princípio da autonomia de vontade, nenhuma das partes é obrigada a contratar sem que estejam acordadas. Portanto, Carlos Roberto Gonçalves⁸⁰ explica que caso venham a firmar o contrato, o mesmo será válido e deverá ser cumprido, levando-se em consideração que a vontade dos pactuantes fará lei entre as partes e para que haja modificações ou revogação do contrato, será necessário o consentimento de ambas, dando assim força para que em caso de descumprimento, a parte lesada possa recorrer ao judiciário para pleitear a reparação do dano causado, exceto em hipótese de caso fortuito ou força maior.

Para Álvaro Villaça Azevedo⁸¹, no comércio, a declaração de vontade é instrumento natural não podendo ser declinada. A fim de que seja eficaz, no entanto, é preciso que seja obrigatória sempre que exista a possibilidade de ferir interesses alheios.

Neste trilhar, a sanção é fundamental para segurança das declarações jurídicas, pois aquele que é beneficiário de uma promessa precisa poder contar com a sua execução. Assim, é necessário que as partes observem a função social do contrato para que a liberdade de contratar não venha afetar o equilíbrio e harmonia entre os contratantes, visto que os defeitos advindos dos contratos serão sanados pelo judiciário, levando em consideração a forma que foi acordada, objetivando a boa-fé, os costumes e também a função social, uma vez que a lei estabelece a liberdade para se contratar dando um limite, que é a escolha do tipo jurídico de contrato.

A escusa da obrigatoriedade estaria na cláusula *rebus sic stantibus*, que por sua vez tinha seu fundamento na desigualdade superveniente das obrigações contratadas e no enriquecimento ilícito de uma das partes. No entanto, esta ideia deveria, ainda,

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.117.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações*: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v.5, p.223.

⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.120.

segundo o jurista, e em conformidade com os paradigmas daquela época, se contrapor à ideia da necessidade de estabilidade dos negócios, condição para a paz e segurança social.

Neste princípio uma vez realizado o contrato, não pode ser modificado, a não ser por acordo das partes. A força obrigatória é o que dá sentido ao contrato, visto que se não tivesse esta obrigação, de nada valeria firmar um contrato, pois neste sentido, cada contratante observaria somente os seus interesses e modificaria cada cláusula visando atender em sentido unilateral. Assim, como bem colocam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “de nada valeria o negócio, se o acordo firmado entre os contraentes não tivesse força obrigatória”⁸².

É de suma importância que os contratantes cumpram com o que foi acordado preliminarmente em um contrato, respeitando o ordenamento jurídico, uma vez que não havendo o cumprimento, haverá a intervenção jurídica tanto quanto for necessário para fazer com que se cumpra, a fim de satisfazer o que foi acordado. Portanto, nota-se uma relevância extrema por parte do judiciário em intervir nas relações contratuais, respeitando o que de fato e direito está pactuado nas cláusulas.

As modificações das cláusulas contratuais só podem ser feitas em casos raros pelo poder judiciário, uma vez que o mesmo somente pode atuar na resolução, ou ainda declarar nulo, isso de acordo. Através das ações revisionais.

Observa-se que a força obrigatória, tem sentido de tornar claro que as tratativas entre as partes formalizadas no contrato sejam consideradas leis, as quais devem ser rigorosamente cumpridas, sob pena de sanções jurídicas no caso de descumprimento, só podendo ser alterada com o acordo mútuo entre as partes. Considerando a obrigatoriedade, sendo o que dá sentido ao contrato, não é aceitável arrependimento se não por cláusula específica, uma vez que foi dada a liberdade de aceitação ou não das cláusulas respeitando o princípio da autonomia e consensualismo.

Ressalte-se que o Código Civil mitigou a força obrigatória dos contratos, favorecendo, em certos pontos, a parte economicamente mais fraca, subordinando o cumprimento do contrato à sua função social, à dignidade da pessoa humana, aplicando-se o princípio do favor *debitoris*, em favorecimento do devedor, também no sentido de

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4, t. I, p.75.

que este não deve ser levado à ruína, cumprindo o contrato, que a ele tornou-se insuportável⁸³.

Tendo em vista a possibilidade de o devedor ser protegido e impedido de ser levado à ruína através da revisão contratual, busca-se no próximo capítulo explicar a Política Nacional de Habitação no Brasil, os contratos de financiamento habitacionais e suas peculiaridades a fim de que no capítulo 3 desta dissertação seja possível explicar a teoria do adimplemento substancial relacionando-a ao inadimplemento dos contratos de financiamento imobiliário, à violação contratual e às suas conseqüências para o credor e para o devedor.

⁸³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. Op. cit., p.123.



2 A POLÍTICA NACIONAL DE HABITAÇÃO

Este capítulo aborda o Sistema Habitacional Brasileiro (SHB), a partir de seu marco que se deu com a criação do Ministério das Cidades e o desenvolvimento do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), que tem como proposta a construção de empreendimentos imobiliários para famílias de baixa renda, sendo que o governo federal fornece subsídios para uma parte da construção.

2.1 Política e Sistema de Habitação no Brasil

Desde o surgimento do problema habitacional desde o fim do séc. XIX até os anos de 1930 surgiram diversas modalidades de moradia pensadas para as camadas populacionais de baixa renda, todas construídas pela iniciativa privada com objetivo de obter renda. As formas mais comuns foram: cortiços-corredor, cortiço-casa de cômodos, vilas e correr de casas geminadas. Nesta época, a forma de moradia que dominava era a moradia de aluguel e coletiva, pois não existia sistema de financiamento da casa própria. Somente se conseguia adquirir a casa própria após anos de trabalho.

Adotados em todas as regiões e por todos os níveis do governo do país, os estímulos à iniciativa privada foram sempre muito bem aceitos por todos: higienistas, poder público e empreendedores⁸⁴.

Segundo Bonduki⁸⁵ via-se a vila operária como o modelo de habitação ideal a ser atingido, unifamiliar, econômica e higiênica, salubre e de alta rentabilidade. Desde a época do Império, surgiram incentivos para tornar sua construção mais simples. Iniciativas de gestão junto ao Congresso Federal a fim de que autorizasse as Caixas Econômicas a valerem-se de 1/5 de seus fundos direcionando-os a empréstimos hipotecários às sociedades responsáveis pela construção de casas baratas e higiênicas. Foram medidas que beneficiaram mais os investidores do que os trabalhadores. Embora tenha havido uma melhoria das condições de saúde no país, a contenção das epidemias deve ser atribuídas mais à majoração da rede de água e esgoto aliada às obras de saneamento do que às ações sanitárias⁸⁶.

⁸⁴ BONDUKI, Nabil. *Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria*. 4. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, p.41.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

A classe trabalhadora era atendida pelas iniciativas fragmentárias dos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões por meio das carteiras prediais. Contudo, as disposições liberais da Constituição e do Código Civil que asseguravam o direito de propriedade vigoraram nas relações entre locador e inquilino. E apenas entre 1921 e 1927 passou a vigorar a primeira lei de inquilinato, um dos fatores que desestimularam os investimentos na construção de moradias para aluguel demandando a intervenção do Estado que limitada resultou na ação dos próprios trabalhadores por meio da autoconstrução⁸⁷.

Assim, as intervenções do Estado até 1930 foram tratadas sob controle da burguesia cafeeira, o Estado liberal oligárquico tratou a questão sobre uma perspectiva repressora, ditado pela ordem sanitária. A primeira iniciativa do Estado para a proposição de uma política habitacional ocorreu durante período de governo populista, com um deflagrado processo de industrialização e urbanização no Brasil e, nesse contexto, foi constituído um proletariado urbano que passou a reivindicar melhores condições de trabalho e também de vida.

A Fundação Casa Popular (FCP) foi a primeira iniciativa por parte do Estado de instituir uma política nacional de habitação, criada pelo Decreto-lei n.º 9.218/1946, durante o governo do presidente Eurico Gaspar Dutra, a escolha da data para sua criação revela a dimensão política que se quis dar a esta iniciativa.

O dispositivo legal referente à sua criação elencava como público brasileiro e estrangeiro residente a mais de 10 anos no país, ou que possuíssem filhos brasileiros que não possuíssem moradia própria, obedecendo a seguinte proporção: trabalhadores em atividades particulares 3 - servidores públicos ou de autarquias 1 - outras pessoas 1. E posteriormente foi acrescido a estes a renda familiar de 60 mil cruzeiros anuais (equivalente a 12,8 salários mínimos da época) e responsáveis que tivessem um mínimo de 5 pessoas como dependentes⁸⁸.

A política habitacional como política pública é permeada por mudanças no modelo intervencionista público e caracterizou-se por iniciativas tímidas e assistemáticas

⁸⁷ BONDUKI, Nabil. *Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria*. 4. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, p.42.

⁸⁸ AZEVEDO, S; ANDRADE, L.A.G. *Habitação e Poder: da Fundação Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982. p.28.

até a década de 1960. Todavia, a década de 1960 pode ser caracterizada pela preocupação política e programática com a questão da habitação.

Embora a criação do BNH, que foi instituído pela Lei n.º 4.380/1964 à época do regime militar pareça ter significado o claro reconhecimento da questão habitacional nos maiores centros urbanos, não chegou a estabelecer uma política de moradia capaz de minorar os problemas das classes de menor renda.

Para Bolaffi⁸⁹ apesar dos fartos recursos e das iniciativas das instituições públicas e privadas para dinamizar tais recursos, os planos e metas habitacionais foram se sucedendo e os problemas foram substancialmente agravados, devido a ausência de diretrizes políticas consistentes e capazes de traduzir as metas e os planos em obras tendo em vista que desencadearam confronto de valores, interesses e pressões sociais contraditórios.

O BNH institucionalizou o SFH e Saneamento sendo competente para “orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro de Habitação”, que possibilitou que as políticas habitacionais adquirissem uma sistematização.

Santos⁹⁰ afirma que o BNH foi um banco sem funções executivas diretas e encarregado somente de fornecer orientações técnicas e de efetivar repasses financeiros. Assim, não construiu diretamente. O BNH emprestava dinheiro a agentes que executavam os programas habitacionais eles mesmos (casos de moradias para segmentos populacionais de baixa renda), ou que os transferiam para empresas de construção (casos das financeiras para as moradias de classe média). Nesse sentido, o BNH cumpriu funções econômicas e políticas, aplicando recursos da poupança pública obrigatória e da poupança particular voluntária em atividades que deviam ser lucrativas, enquanto criava oportunidades de absorção maciça de mão de obra e auxiliava os planos de controle da inflação⁹¹.

A política do BNH gerou questões como a reapropriação do espaço para além do seu controle. As cidades brasileiras foram se organizando a partir desta configuração de opostos⁹².

⁸⁹ BOLAFFI, Gabriel. Para uma nova política habitacional e urbana: possibilidades econômicas, alternativas operacionais e limites políticos. In: VALLADARES, Licia do Prado. *Habitação em questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 167..

⁹⁰ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1996, p.19.

⁹¹ *Ibidem*, p.19.

⁹² Entender tal dialética significa encontrar as explicações para as diversas formas de assentamentos urbanos no que elas tem de estrutural. Significa, também, entender que a ocupação do espaço não se faz por acaso, e que o BNH e a sua negação estão inscritos em um quadro mais amplo que lhes dá sentido e a própria razão de ser (SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1996, p.20.)

Para o autor, até por imposição do ato que o institucionalizou o BNH deveria cumprir uma função social - a aquisição da casa própria. O significado simbólico que a aquisição da propriedade de um imóvel possuía era a inserção na sociedade e no esquema produtivo moderno. Como a propriedade representaria segurança e sentimento de pertinência, ela passaria a ser um importante instrumento de manutenção do equilíbrio social e controlar o seu acesso se prestaria a propósitos políticos.

Azevedo e Andrade⁹³ assinalam que o BNH surge com traços do populismo anterior sendo também encarado como banco de desenvolvimento social. Ideologia e percepção dos dirigentes quanto ao papel da casa própria na cooptação das camadas populares com raízes em períodos anteriores. O BNH assume outras funções macroeconômicas que relegaram as funções sociais e políticas do banco. Seus objetivos eram incompatíveis. Como explicam Azevedo e Andrade, na falta de mobilização política que as apoiasse, as metas redistributivas e sociais perderam terreno para as de dinamização da economia, capitalização das empresas de construção e de produção de materiais, geração de empregos, solidificação do sistema de financeiro de habitação⁹⁴.

Nesta época surgem no Brasil as Companhias de Habitação (COHAB) instituídas por meio da Lei Federal nº. 4.830/1964, com a finalidade de promover e executar “a elaboração de planos diretores, projetos e orçamentos para a solução de seus problemas habitacionais”⁹⁵.

Santos⁹⁶ afirma que o BNH em quase dez anos de atuação passou a ser um referencial para a edificação de moradias e por conseqüências para o fenômeno de morar e para a definição das cidades em si, o que significa que o BNH teve forte influência sobre a política urbana no país.

O período em que foram construídas mais moradias populares foi o período do BNH, após um período de estagnação foi alavancado a partir de 2009 com o início do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), que será visto a seguir.

⁹³ AZEVEDO, S; ANDRADE, L.A.G. *Habitação e Poder: da Fundação Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982. p.10.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ COMPANHIA DE HABITAÇÃO DE LONDRINA – COHAB-LD. *Plano Local de Habitação de Interesse Social – PLHIS*. Londrina, 2011, p.85.

⁹⁶ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1996, p.21.

2.2 O Programa Minha Casa Minha Vida

Nos anos 1990 o país viveu mudanças significativas nas políticas públicas e em muitos aspectos com a sua redemocratização e conquistas advindas com a Constituição Federal de 1988, entre eles no campo da política urbana. Foi a partir da Constituição de 1988, título VII, capítulo II, artigos 182 e 183 que se instituiu a política habitacional que posteriormente passou a ser regulamentada pelo Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, após tramitar por doze anos no Congresso Nacional, que traduziu no seu conteúdo a função social da cidade, da propriedade, o direito à cidade, sua gestão democrática, além do direito à cidadania.

Sabe-se que no Brasil, os mecanismos de proteção social previstos na Constituição Federal de 1988 foram implementados de forma tímida e incipiente diante à ofensiva neoliberal marcada por efeitos das reformas macroeconômicas que incidiram tanto sobre a economia das cidades quanto sobre a sua gestão.

Agravando as contradições e desigualdades sociais, elevando a demanda populacional por serviços e políticas sociais públicas ao mesmo tempo em que demonstrou o contraste de acesso universal garantido por lei.

As modernas regulações laborais, começando por um novo padrão de acumulação do capital, proporcionado pelo processo de reestruturação produtiva e pelos menores investimentos estatais em políticas sociais, levam à perda de proteção social e de direitos sociais conquistados ao longo da história pelos trabalhadores. Referente à questão urbana, surgiram novas demandas, a saber: o déficit habitacional, as péssimas condições das moradias e a segregação socioespacial, o que levou a novas determinações relacionadas à política social.

No ano de 2009, o governo federal, visando ao desenvolvimento do Sistema Nacional de Habitação - SNH e do Plano Nacional de Habitação-PlanHab, com vistas a ampliar as políticas habitacionais, demandava por instrumentos jurídicos que autorizassem a implementação de medidas particulares com vistas a viabilizar o acesso à moradia a grupos populacionais específicos. Já tinham sido propostos projetos de lei, que estavam em fase de discussão no Congresso Nacional, no entanto, em razão de motivações políticas, o executivo decidiu aprovar um novo diploma legal.

Neste trilhar, foi editada a Medida Provisória nº 459, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 11.977/09 que dispõe sobre o PMCMV. Referido marco legal aborda

uma série de aspectos que se referem à questão habitacional, dando-se destaque às famílias de baixa renda, o que levou à segmentação do programa em três níveis de renda familiar distintos, quais sejam: “a) até três salários mínimos; b) de três a seis salários mínimos e; c) de seis a dez salários mínimos”⁹⁷. Também, foram disciplinadas questões relacionadas à estrutura e normas gerais deste programa, às peculiaridades de condições das custas e emolumentos para os projetos habitacionais destinados aos níveis de renda mencionados e, por derradeiro, à operacionalização da regularização fundiária de interesse social ou de interesse específico.

Especificamente no que tange à habitação, sabe-se que houve tempos no Brasil em que foi observado um hiato temporal de investimentos em moradias, o qual pode ser relacionado entre a data em que foi extinto o Banco Nacional de Habitação (BNH), no ano de 1986 e a data em que foi criado o PNH. Este lapso temporal totalizou quase 20 anos de ações descontinuadas que foram implementadas nos três níveis federados, sem coesão acerca do tema em âmbito nacional⁹⁸.

Em 2003, foi criado o Ministério das Cidades, com uma Secretaria específica destinada à área de habitação, marcou o início de uma nova institucionalidade. A partir de então, foi construída a PNH, o SNH, fundos específicos com o objetivo de gerar o orçamento habitacional bem como as normas que viabilizassem que os planos e programas fossem executados nos três níveis de governo, como dispõe a Lei nº 11.124/2005. O PlanHab de 2009 estabeleceu metas e objetivos que deveriam ser atendidos em um horizonte de 15 anos, bem como parâmetros para operacionalizar a PNH. A lei da MCMV também foi inserida neste novo paradigma institucional.

O PMCMV surgiu logo que a crise financeira de 2008 eclodiu, levando o governo brasileiro a implementar as chamadas “ações emergenciais anticíclicas”. Uma importante estratégia escolhida foi o apoio ao setor da construção civil, em razão de seu potencial para gerar empregos e investimentos. A meta do programa era construir 1 milhão de moradias. Destas, 400 mil seriam destinadas às famílias que recebessem até 3

⁹⁷ BRASIL. *Lei n. 11.977, de 7 de Julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

⁹⁸ BONDUKI, Nabil. Avanços, limitações e desafios da política habitacional do governo Lula: direito à habitação em oposição ao direito à cidade. In: *Direito à moradia adequada: e que é, pra quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 295.

salários mínimos, outros 400 mil para as famílias cuja renda estivesse entre 3 e 6 salários e 200 mil para as de renda entre 6 e 10 salários⁹⁹.

Menciona-se também que o principal ponto negativo do PMCMV foi ter priorizado o setor privado como agente produtor de moradias de baixa renda, o que gerou grandes prejuízos no que diz respeito à localização dos imóveis e à qualidade das construções, impondo diversos ônus aos moradores.

Adauto Cardoso e Themis Aragão expõem as críticas mais relevantes direcionadas ao PMCMV referente a nove pontos¹⁰⁰.

Dito isto, acrescenta-se que os quatro eixos que se estabeleceram para a PNH foram: “a) política urbana e fundiária, b) financiamento e subsídios, c) arranjos institucionais e d) cadeia produtiva da construção civil”¹⁰¹. Porém, o PMCMV priorizou o eixo “financiamentos e subsídios”. A este respeito, Bonduki observa que deve-se reconhecer que “o programa elevou até um patamar ótimo os recursos orçamentários em habitação, como há décadas os que lutam por moradia digna reivindicam”¹⁰². No entanto, isso não se mostrou suficiente para obstar os efeitos negativos causados pela omissão do Estado para com os outros eixos da PNH.

Desta forma, o que se nota é que o PMCMV constitui-se em uma política de subsídios cuja operação se dá dentro de uma lógica de mercado. Parte dos fundos destinados ao Programa vem do Governo e parte é custeado pelos próprios beneficiários do Programa. Assim, para ser agraciado com uma habitação do PMCMV, é preciso que o cidadão firme um contrato de financiamento habitacional.

2.3 Os contratos de financiamento habitacionais e suas peculiaridades

Os contratos de financiamento habitacionais normalmente são firmados valendo-se da alienação fiduciária, sendo esta última empregada com maior frequência.

⁹⁹ BONDUKI, Nabil. Avanços, limitações e desafios da política habitacional do governo Lula: direito à habitação em oposição ao direito à cidade. In: *Direito à moradia adequada: e que é, pra quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 295.

¹⁰⁰ (i) a falta de articulação do programa com a política urbana; (ii) a ausência de instrumentos para enfrentar a questão fundiária; (iii) os problemas de localização dos novos empreendimentos; (iv) excessivo privilégio concedido ao setor privado; (v) a grande escala dos empreendimentos (vi) a baixa qualidade arquitetônica e construtiva dos empreendimentos; (vii) a descontinuidade do programa em relação ao SNHIS e a perda do controle social sobre a sua implementação. A esses pontos, já destacados por várias análises, acrescentamos ainda (ix) as desigualdades na distribuição dos recursos como fruto do modelo institucional adotado (CARDOSO, Adauto; ARAGÃO, Themis Amorin. Do fim do BNH ao Programa Minha Casa Minha Vida: 25 anos da política habitacional no Brasil. In: CARDOSO, Adauto; ARAGÃO, Themis Amorin. *O programa Minha Casa Minha Vida e seus efeitos territoriais*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013, p. 44.)

¹⁰¹ Ibidem, p.45.

¹⁰² BONDUKI, Nabil. Do projeto Moradia ao programa Minha Casa, Minha Vida. *Teoria e Debate*, n. 82, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009, p. 01.

Segundo Silva *et al*¹⁰³, dados emitidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) sinalizam que, desde o ano 2000, 2008 foi o ano que apresentou maior número de contratações no setor da construção civil, apresentando um saldo positivo de contratações de 197.808 trabalhadores. Entre 2005 e 2009, as contratações no setor superaram as demissões, apresentando uma média de 144.531 pessoas por ano.

Também o rendimento médio das pessoas empregadas no Brasil teve um crescimento real de 16,8% no período entre 2003 e 2009, conforme dados fornecidos pela Pesquisa Mensal do Emprego (PME) levada a cabo pelo IBGE, apresentada por Silva *et al*¹⁰⁴. Cumpre destacar, contudo, que, somente no setor da construção, o crescimento real na renda dos trabalhadores foi de 37,3% na neste mesmo período.

Nesse cenário, com crescimento econômico, do emprego e da renda acentuados, as expectativas das famílias e das empresas foram elevadas, influenciando, também, de maneira positiva, os níveis de consumo e investimento.

Neste novo ambiente, destacam Silva *et al*¹⁰⁵, era necessário criar mecanismos legais e regulatórios que pudessem assegurar aos investidores a segurança jurídica com relação aos contratos firmados. Visando a este objetivo, foi elaborada a Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária, e criou o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), que, além de oferecer segurança jurídica, criou novas modalidades de financiamentos, modernizando os mecanismos de empréstimo, visando garantir maior liquidez ao mercado, e, conseqüentemente, expansão de crédito imobiliário.

Consoante redação do art. 1º da Lei nº 9.514/1997, o SFI tem como finalidade promover o financiamento imobiliário, conforme condições compatíveis com as da constituição dos fundos respectivos.

Em meio as entidades que poderão operar no SFI citam-se as caixas econômicas, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos com carteira de crédito imobiliário, além das sociedades de crédito imobiliário, associações de

¹⁰³ SILVA, Roberto Carlos Evêncio de Oliveira; MARINHO, Gerson Amaury; SANTOS, Daniel Ferreira dos; BUENO, Priscilla Veiga. As transformações do mercado imobiliário brasileiro nos anos 2000 – uma análise do ponto de vista legal e econômico. *Revista da Ciência da Administração*, versão eletrônica, v.6, Ago.- Dez. 2012.

¹⁰⁴ SILVA, Roberto Carlos Evêncio de Oliveira; MARINHO, Gerson Amaury; SANTOS, Daniel Ferreira dos; BUENO, Priscilla Veiga. As transformações do mercado imobiliário brasileiro nos anos 2000 – uma análise do ponto de vista legal e econômico. *Revista da Ciência da Administração*, versão eletrônica, v.6, Ago.- Dez. 2012.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

poupança e empréstimo, companhias hipotecárias e outras entidades eleitas conforme critério do Conselho Monetário Nacional - CMN¹⁰⁶.

Ressalte-se, ainda, que, conforme dita o art. 4º dessa norma legal, as operações de financiamento imobiliário, geralmente são livremente implementadas pelas entidades que têm autorização para operar no SFI, conforme condições de mercado e evidenciadas as prescrições legais, podendo, inclusive, nas operações tratadas neste artigo, serem usados recursos advindos da captação no mercado financeiro e no mercado de valores mobiliários, consoante a legislação pertinente. Assim, no âmbito do SFI, as operações de financiamento imobiliário, nos termos do art. 5º *caput*, da Lei nº 9.514/1997, devem observar condições essenciais.¹⁰⁷.

Melhim Namem Chalhub¹⁰⁸, por sua vez, traz que a Lei nº 9.514/1997, que instituiu o SFI e disciplinou a alienação fiduciária sobre bens imóveis, conferiu legitimidade a esta operação a fim de que pudesse ser contratada por qualquer pessoa física ou jurídica, não a limitando às entidades que operam no sistema financeiro. Com esta generalização, segundo este autor, o legislador teria deixado claro que sua intenção era dotar o setor imobiliário em sua amplitude, e o próprio SFN como um todo, com um novo instrumento apto a dinamizar suas atividades, atentando-se à sua função multiplicadora na economia bem como a sua capacidade de gerar um grande número de empregos.

Nesse mesmo sentido segue Marcelo Terra¹⁰⁹, para quem esta norma legal não traz objeções quanto à legitimidade das partes, bastando, para confirmar tal afirmação, verificar a redação do § 1º do art. 22, que traz o seguinte em sua parte primeira: “A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI”. Cai por terra, ainda, a dúvida existente no regime do Decreto Lei nº 911/69, em que, segundo este autor, muito se

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

¹⁰⁷ Art. 5º [...] I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste; II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato; III - capitalização dos juros; IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente (BRASIL. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.)

¹⁰⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária de imóveis*. Securitização de Créditos Imobiliários, Propriedade imobiliária — função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.66.

¹⁰⁹ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia: Lei 9.514/ 1997*, primeiras linhas. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.54.

discutiu se entidades não financeiras poderiam efetuar a contratação da alienação fiduciária de bens móveis.

Mairink¹¹⁰ também dá a sua contribuição, trazendo que esta autorização é válida para qualquer pessoa física ou jurídica e teve como objetivo difundir o instituto para englobar um número mais abrangente de pessoas.

Entretanto, aduz ainda o autor que, não obstante a elogiável intenção do legislador, é difícil para as pessoas físicas, na prática, exercitarem tal mister, posto que os negócios imobiliários requerem grande volume de capitais. Por esse motivo, segundo ele, presume-se que este tipo de negócio só é mesmo utilizado em maior escala pelas instituições financeiras, incorporadoras e construtoras¹¹¹.

Para Mezzari¹¹², o SFI tem suas bases no *trust* anglo-americano, ao passo que o *pactum fiduciae* (alienação fiduciária), vem dos romanos. Segundo o mencionado autor, o SFI é um mercado relativamente novo, desregulamentado, fundamentado em normas de livre mercado. Aduz que nesse modelo encontra-se presente a nova filosofia atualmente vigente no Brasil, em que o neoliberalismo econômico e a globalização, especialmente seus princípios, têm papel destacado, propiciando tanto ao capital nacional como ao estrangeiro novos caminhos para a promoção do desenvolvimento econômico. A respeito da alienação fiduciária, tratará o capítulo seguinte mais detidamente.

2.3.1 Alienação fiduciária

A alienação fiduciária de coisa imóvel consubstancia-se em uma das formas de garantir as operações de financiamento imobiliário, consoante dispõe o art. 17, inc. IV, da Lei nº 9.514/1997, e consiste no “negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel” (caput do artigo 22 do mencionado diploma legal)¹¹³.

¹¹⁰ MAIRINK, Carlos Henrique Passos. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Salomão de Araújo Cateb. Nova Lima, 2009, p.33.

¹¹¹ MAIRINK, Carlos Henrique Passos. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Salomão de Araújo Cateb. Nova Lima, 2009, p.33.

¹¹² MEZZARI, Mário Pazutti. *Alienação fiduciária da Lei 9.514/1997*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.91.

¹¹³ BRASIL. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação

Segundo Renan Miguel Saad, a alienação fiduciária não é uma espécie de negócio fiduciário, mas, um direito real de garantia de categoria autônoma, que caracteriza-se por ser acessório a um negócio jurídico principal, conferindo a garantia ao credor através da transferência resolúvel da propriedade¹¹⁴.

Chalhub, por sua vez, a conceitua como sendo o contrato através do qual o devedor, ou fiduciante, com vistas a garantir uma dívida, pactua que a propriedade fiduciária do bem seja transferida ao credor, sob condição resolutiva.

O negócio fiduciário é caracterizado pela titularidade à conta de outrem ou para a promoção de certa finalidade. Essa é a função que as partes perseguem com o negócio fiduciário: a transmissão de um direito para que ele seja exercido de determinada forma, com o objetivo de alcançar um escopo comumente avençado. A transmissão da titularidade não é um fim em si mesma, mas é instrumental e temporária¹¹⁵.

Atribui-se ao titular fiduciário o poder-dever de agir. O poder decorre da transmissão do direito; o dever, do caráter fiduciário da alienação, funcionalizada para o alcance da finalidade pretendida. Essa é uma atribuição característica do negócio fiduciário quando reveste a forma de contrato atípico ou quando se vale do chamado negócio indireto.

Neste sentido, independentemente das diversas funções que o negócio fiduciário possa, em concreto, realizar, sempre se estará diante de uma titularidade a conta de outrem ou para realizar um fim, o que irá atrair disciplina jurídica própria, condizente com essa específica situação.

Os expedientes de garantia relacionam-se com a concessão de créditos e, por isso, são de grande importância para o desenvolvimento das relações econômicas. O permanente desafio do sistema de garantias consiste na busca pela máxima efetividade do direito do credor com o menor ônus possível ao devedor. Daí o constante empenho pelo aprimoramento das garantias, a fim de que estas, a um só tempo, assegurem o adimplemento e permitam ao devedor desenvolver suas atividades¹¹⁶.

fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm. Acesso em: 11 abr. 2020.

¹¹⁴ SAAD, Renan Miguel. *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.39.

¹¹⁵ FORSTER, Nestor José. *Alienação fiduciária em garantia*. Porto Alegre: Sulina, 1976, p. 21-22.

¹¹⁶ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

No que diz respeito à efetividade das garantias, um importante passo foi dado com a alienação fiduciária, que retira o bem do patrimônio do garantidor, transferindo-o ao credor. Assim, se o devedor ou terceiro garantidor vier a falir, a satisfação do crédito não será comprometida, tendo em vista que a execução da garantia não se subsume ao concurso universal. Por outro lado, o bem continua na posse direta do devedor, que, assim, pode usufruí-lo em suas atividades.

Da mesma forma, tem-se a cessão fiduciária de créditos, por meio da qual o devedor (ou o terceiro garantidor) transmite ao credor, direitos pessoais de sua titularidade para garantir a dívida que tem para com este. Em ambos os casos, transfere-se, em caráter resolúvel e fiduciário, a titularidade do objeto da garantia ao credor, o qual, por isso mesmo, não tem seu crédito ameaçado por eventual falência do devedor ou do terceiro garantidor do contrato¹¹⁷.

O devedor ou mesmo o terceiro que transmitiram o bem ou o direito em garantia fiduciária também se encontram protegidos com a falência do credor, pois a propriedade deste subordina-se à condição resolutiva do pagamento. Assim, uma vez que a obrigação à qual se vincula a garantia tenha sido adimplida, a titularidade do bem ou direito retorna automaticamente para o devedor ou terceiro. A propriedade fiduciária, assim, integra o patrimônio do credor com a limitação própria do seu caráter resolúvel.

Por outro lado, se por algum motivo o devedor não conseguir adimplir completamente a obrigação, mesmo que tenha se dado o adimplemento substancial do contrato, é bem provável que o bem seja levado a leilão para adimplir o débito remanescente e, neste caso, os prejuízos do devedor são imensos, pois além de perder o direito de usufruir do bem, perderá também grande parte do valor que pagou, pois indo a leilão, o bem é vendido por um valor inferior ao de mercado e adimplido o valor que restava para quitar o financiamento, o que é devolvido ao credor, normalmente não é suficiente para comprar outro imóvel, mesmo que de padrão inferior. Assim, o devedor, especialmente aquele de baixa renda ao qual o PMCMV visou beneficiar, é impedido de usufruir do direito fundamental à moradia, mesmo tendo adimplido parcela substancial do contrato.

Em razão de defender-se nesta pesquisa a aplicação da teoria do adimplemento substancial aplicado a contratos imobiliário, busca-se no próximo capítulo

¹¹⁷ FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 158.

explicar esta teoria e relacioná-la à boa-fé objetiva, à função social da propriedade e à equivalência material.



3 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Este capítulo objetiva explicar a teoria do adimplemento substancial. Para tanto, esclarece sobre a extensão do conceito de adimplemento; aborda a funcionalização do adimplemento e as transformações do inadimplemento; explica a teoria do adimplemento substancial, com fundamento nos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e equivalência material; e expõe os parâmetros, fundamentos legais e jurisprudência sobre a teoria do adimplemento substancial no Direito do Consumidor.

3.1 O adimplemento

É notório que a dinâmica e complexidade das relações na sociedade pós-moderna vêm conduzindo a um progressivo agravamento dos riscos contratuais, entre eles o inadimplemento. Tal realidade impõe à teoria contratual e ao direito a tarefa de desenvolver em favor do contratante lesado mecanismos aptos a reforçar a confiança negocial ameaçada, viabilizando a tutela efetiva de interesses protegidos pelo ordenamento. E, num contexto econômico-social em que se clama cada vez mais por eficiência, já não se pode desprezar a utilidade e mesmo a necessidade de se revigorar e expandir os instrumentos de autotutela para a prevenção ou reação ao inadimplemento. Justamente por ser o fato gerador de lesões com maior frequência no âmbito contratual, será empreendida uma análise desta que é a patologia contratual mais temida, com foco nas transformações experimentadas pelo direito das obrigações, para que possam ser melhor contextualizados e compreendidos os respectivos instrumentos de autotutela na contemporaneidade.

Ocorrida a transição do Estado Liberal ao Estado Social, nulificada a rígida dicotomia público/privado, assentada a força normativa dos princípios constitucionais como garantia da unidade do ordenamento e, enfim, reconhecida a necessidade de se investigar não apenas a estrutura dos institutos jurídicos, mas sobretudo a sua função, já não se questiona a insustentabilidade de um direito obrigacional hermético em seus próprios dogmas, apartado da realidade social e neutro aos imperativos éticos. Mesmo este secular ramo do direito, erigido a “santuário”, não pôde resistir à ação do tempo e historicizou-se, propondo a obrigação como uma categoria dinâmica, com valor histórico-relativo e atenta à constante dialética entre o social e o jurídico¹¹⁸.

¹¹⁸ TEPELINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p.316.

Direcionando-se o foco da análise à definição de obrigação, o desafio é consolidar na prática o que até então já foi reconstruído em teoria, a partir da concepção de relação obrigacional complexa. Com efeito, se o direito das obrigações sofre os influxos da sociedade, também a relação obrigacional está sujeita às condicionantes e vicissitudes de cada caso concreto, cujo ordenamento específico deve ser a resultante dos fatos envolvidos e das fontes normativas incidentes, unificadas pela Constituição¹¹⁹.

Nessa perspectiva, uma releitura da obrigação sob a perspectiva funcional importa o seu entendimento como relação jurídica. Essa relação, contudo, não deve ser reduzida à fórmula simplista de mera contraposição entre a situação jurídica ativa, constituída por poderes, e a passiva, integrada por deveres e sujeições. Tal fórmula relega a segundo plano a função da relação, atendo-se exclusivamente ao aspecto estrutural, que compreende os sujeitos (ativo e passivo), o vínculo jurídico e o objeto. A relação obrigacional é, pois, complexa, por também abranger, junto à prestação, deveres de conduta, direitos potestativos e situações de sujeição, caracterizada assim por diversos vínculos obrigacionais interligados numa unidade funcional. Essa unidade é dada pelo fim que justifica a relação, ao qual se dirige uma série dinâmica de atos ligados entre si com interdependência, como expressão dos variados poderes e deveres de ambas as partes, desempenhados em direção ao adimplemento. Em suma, a relação obrigacional pode ser conceituada como “um processo evolutivo temporal” ou “uma sequência teleologicamente estruturada”¹²⁰.

Em tais termos, com razão afirma-se que “a concepção funcional da relação obrigacional amplia o espectro de interesses a serem satisfeitos com a concreta relação jurídica, de modo a abranger os interesses legítimos perseguidos por ambas as partes”¹²¹, apesar de o interesse do credor assumir uma posição destacada. Por conseguinte, além dos elementos estruturais já mencionados, três elementos fisionômicos também assumem relevância no âmbito da relação obrigacional: “dualidade das situações subjetivas, interesse do credor e patrimonialidade da prestação”¹²².

O primeiro elemento advém do entendimento de que o sujeito é somente um dado externo à situação e ao próprio vínculo obrigacional, que, na realidade,

¹¹⁹ Ibidem, p.317.

¹²⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p.19.

¹²¹ Ibidem, p.23.

¹²² Ibidem.

consubstancia uma relação entre situações jurídicas subjetivas. Tal corrobora o movimento de despersonalização das relações, como corolário da economia moderna, cada vez mais assentada na celeridade da circulação de riquezas, de modo que a multiplicidade de ocorrências modificativas da titularidade das situações tornou anacrônica a definição de relação obrigacional como relação entre sujeitos.

O interesse do credor, a seu turno, é imprescindível para que nasça o vínculo jurídico, na medida em que, fazendo jus à tutela, é o que justifica a intervenção na esfera do devedor, impondo-lhe um dever de prestação. Embora o interesse não seja um elemento exclusivo da situação creditória, nesta assume um papel distinto daquele desempenhado em outras situações subjetivas, onde o titular do direito, exercitando o próprio poder, pode realizar diretamente e por si o seu interesse. Diversamente, na relação obrigacional, o credor depende da atuação e da cooperação do devedor. É importante considerar, no entanto, tendo em vista o tema central deste trabalho, que dita “dependência” refere-se apenas à realização, à satisfação direta do interesse do credor, e não deve ser estendida à defesa da lesão ao interesse, uma vez admitida a autotutela como meio legítimo de reação àquela lesão.

Enfim, a patrimonialidade da prestação é outro elemento inafastável da relação obrigacional, malgrado existirem controvérsias na doutrina a respeito, prevalecendo o entendimento em sentido positivo. Isso porque a obrigação não deve ser confundida com todo e qualquer dever jurídico, pois restringe-se às relações com objeto patrimonial, embora o interesse do credor possa, inclusive, ser existencial. Vale dizer: o critério que se mostra mais adequado para que a patrimonialidade seja aferida deve ser objetivo, devendo-se “abandonar o critério subjetivo, que confere ao sujeito o poder de atribuir patrimonialidade à prestação com a só previsão de contraprestação pecuniária ou cláusula penal na hipótese de inadimplemento”¹²³. Figurando-se indefensável uma concepção de patrimonialidade estritamente com base no momento patológico da relação, que intrinca o conteúdo da prestação com os efeitos de seu descumprimento, impõe-se um critério objetivo, para que seja possível determinar a patrimonialidade da obrigação a partir da possibilidade de valoração econômica do comportamento do devedor, conforme o contexto histórico-social em que opera.

¹²³ KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, v.2, p. 286.

Afirma-se que o aspecto da patrimonialidade, a excluir da disciplina do direito obrigacional os deveres não-patrimoniais afetos a interesses existenciais, a exemplo dos deveres correlatos aos direitos da personalidade e deveres inerentes às relações familiares, não significa conferir a esses últimos um tratamento menos privilegiado. Muito pelo contrário, a diversidade de disciplina jurídica funda-se na diversidade do fundamento da tutela das situações patrimoniais e existenciais, que, por sua vez, justifica-se na Constituição, cuja normativa conduz os atos de autonomia de cunho patrimonial à liberdade econômica ou livre iniciativa e aqueles de caráter não-patrimonial à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Nesse sentido, concluem Konder e Rentería.¹²⁴

Considerando, assim, que o objeto da relação jurídica passou de *coisa* a *interesse*, o qual pode ser patrimonial ou não, Rose Vencelau Meireles¹²⁵ propõe uma classificação das situações em patrimoniais, não patrimoniais *lato sensu* (existenciais ou não patrimoniais *stricto sensu*) e dúplices. As situações não patrimoniais *stricto sensu* encontram-se inseridas na lógica patrimonial e na disciplina do direito obrigacional, porém, embora não guardem uma imediata equivalência patrimonial, não chegam a ser existenciais. Nestas últimas, a pessoa não tem apenas um vínculo de titularidade, pois é o próprio objeto de tutela, ou seja, é o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação, que tem então em mira o desenvolvimento da personalidade. Diversamente, as situações não patrimoniais *stricto sensu* abrangem “vários deveres que podem ser chamados de instrumentais, os quais, embora sem ter equivalente pecuniário, estão a serviço de situações patrimoniais, a exemplo dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva”¹²⁶.

Por outro lado, também algumas situações patrimoniais podem ser instrumentais à realização de certos interesses existenciais, do que é exemplo a prestação de serviços médicos, ou simplesmente ter reflexos existenciais para um dos contratantes, como acontece nas hipóteses de fornecimento de bens ou serviços essenciais. Dúplices, enfim, são as relações jurídicas compostas, ao mesmo tempo, de situações existenciais e patrimoniais, eis que relacionadas à pessoa do titular, mas com expressão econômica,

¹²⁴ Permitir que deveres de cunho não patrimonial sejam reconduzidos a este mesmo tratamento normativo não significa alçá-los ao alto patamar das obrigações, mas sim rebaixá-los ao mercantil tratamento das relações patrimoniais. Significa desconsiderar o elemento característico de tais deveres que justifica que eles, à luz da normativa constitucional, recebam tratamento diferenciado (KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, v.2, p. 291.)

¹²⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.34.

¹²⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.34.

pelo que ingressam no comércio jurídico. É o caso do direito à imagem e dos direitos autorais.

Nesse contexto, o inadimplemento contratual pode representar uma lesão a interesses patrimoniais e/ou a interesses não patrimoniais ou existenciais¹²⁷. A apontada complexidade das relações jurídicas conforme os interesses envolvidos repercutem no regime contratual e no grau de intervenção estatal, uma vez que, na presença de interesses existenciais, o exercício de um ato de autonomia, e, conseqüentemente, de autotutela, é intrinsecamente limitado, sendo considerado ilegítimo se lesivo àqueles interesses. Tendo em vista o problema central que se propõe enfrentar, cabe salientar que dito limite poderá impedir ou impor uma adequação à autotutela do credor, uma vez ocorrido o inadimplemento, seja negando ou restringindo a operatividade dos respectivos mecanismos de reação contra o devedor, tais como a exceção de contrato não cumprido, a retenção e a cláusula resolutiva expressa, entre outros. Neste caso, tendo em vista que o interesse existencial é do devedor, a autotutela da lesão pelo inadimplemento sofre mitigação, deferindo-se preferencialmente ao credor os mecanismos de tutela legal, como a execução específica da obrigação e a resolução judicial do contrato.

De outro modo, o inadimplemento de uma obrigação, essencialmente patrimonial, pode representar uma lesão a um interesse existencial do credor e não do devedor, do que igualmente são exemplos as mencionadas relações de consumo que têm por objeto bens ou serviços considerados essenciais ao desenvolvimento da personalidade, sejam públicos ou privados, sendo assim instrumentais a interesses existenciais. O mesmo pode ocorrer nas ditas situações dúplices. Nesses casos, inverte-se a lógica, na medida em que deverá ser garantida ao credor uma tutela mais ampla, facultando-lhe inclusive o exercício da autotutela pelo inadimplemento, com suas potencialidades expansivas, através dos respectivos instrumentos, típicos ou convencionais, como será oportunamente demonstrado.

A existência de um interesse existencial no âmbito de uma relação contratual, especialmente caracterizada pela essencialidade de um bem, pode ser (um) índice de vulnerabilidade. E o ordenamento atribui ao contratante vulnerável em geral (não só ao detentor de um interesse existencial na relação contratual), uma diferenciada tutela por força do imperativo constitucional da igualdade substancial. Nesses casos, a autotutela

¹²⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.167.

contratual assume um papel de defesa do contratante vulnerável, o que justifica a nulidade das cláusulas contratuais que impliquem renúncia aos mecanismos extrajudiciais de reação ao inadimplemento, tal como a cláusula *solve et repete*, em contratos de consumo ou de adesão em geral. Trata-se de um novo papel da autotutela, entre outros que uma perspectiva constitucionalizada pode oferecer, permitindo-lhe a dissociação de sua origem “primitiva”¹²⁸.

Estando em jogo situações não patrimoniais *stricto sensu*, entre as quais se inserem os deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva, é possível constatar uma extensão ou ampliação do próprio objeto da obrigação. A este aspecto será dedicado o tópico seguinte.

3.2 A extensão do conceito de adimplemento

A relação obrigacional em sua contemporânea perspectiva complexa e funcional caracteriza-se pela imprescindibilidade não apenas da prestação principal, decorrente da vontade dos contratantes, mas também dos deveres oriundos da cláusula geral de boa-fé objetiva, dirigidos à plena satisfação dos interesses envolvidos merecedores de tutela. Tais deveres não dependem de expressa previsão, embora possam desta se valer, pois correspondem a uma imposição do ordenamento, permitindo “construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes”¹²⁹. Verifica-se, por conseguinte, uma expansão das fontes dos deveres obrigacionais, colocando-se a boa-fé objetiva ao lado da vontade na criação de tais deveres. O cumprimento do contrato assim pressupõe, em observância à noção mais ampla de confiança negocial, uma concepção também muito mais abrangente de adimplemento.

Destaca-se, nesse contexto, a função criadora desempenhada pela boa-fé objetiva, dentre as muitas funções que possui e que conferem substancial arcabouço teórico à cláusula geral em apreço. Ante a ampla e aprofundada abordagem que se tem dedicado à referida cláusula, parece desnecessário, nesta sede, passar em revista os seus aspectos mais elementares, sua evolução e principais impactos na teoria dos contratos. Releva, no momento atual, identificar “suas manifestações mais concretas, a fim de

¹²⁸ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.119

¹²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.17.

fornecer diretrizes relativamente seguras para a solução das controvérsias judiciais”¹³⁰. É justamente com este escopo que se pretende revisitar o conceito de adimplemento, para que se possa melhor compreender o significado atual de inadimplemento e, por conseguinte, o papel dos respectivos remédios, sobretudo daqueles que operam o poder de autotutela.

Coube especialmente à doutrina civilista proceder à sistematização dos deveres de conduta, disponibilizando classificações variadas, entre as quais destaca-se a tripartição proposta por Menezes Cordeiro em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Clóvis do Couto e Silva¹³¹ os separou em deveres anexos dependentes e independentes, sendo os primeiros verdadeiras “pertencas das obrigações principais”, a elas tão visceralmente ligados que o seu descumprimento implica igualmente o inadimplemento de tais obrigações, enquanto os segundos gozam de certa autonomia, podendo ultrapassar o término da obrigação principal e serem acionados sem acarretar a extinção desta. Um exemplo seria o dever de sigilo. Entende-se, contudo, que, mais do que a exigibilidade em juízo, é a relevância do dever para a consecução do resultado útil pretendido pelo credor que deve balizar o seu grau de dependência em relação à prestação principal, para então se saber se houve ou não inadimplemento desta. Figurando-se como condição necessária para o adimplemento da prestação devida, os chamados deveres laterais, anexos ou secundários só não serão considerados “principais” por não serem determinantes na identificação do tipo contratual, para o que releva a prestação principal, isto é, o dever primário de cumprimento.

Pode-se afirmar, desta feita, que a inserção de deveres de conduta na relação obrigacional ensejou que o objeto da obrigação fosse ampliado. Este já não se limita ao comportamento do credor que somente executa a prestação principal. Adota-se uma renovada concepção personalista de obrigação, desancorada da ótica proprietária que concebe o direito do credor como propriedade sobre o ato do devedor para compreendê-lo como direito à prestação, permitindo àquele exigir do devedor um comportamento cooperativo para a satisfação dos seus interesses. O inadimplemento traduz, portanto, a produção de um resultado útil, que concretiza os interesses do credor. O resultado útil consubstancia-se em um efeito do inadimplemento, viabilizado pelo comportamento do

¹³⁰ SCHREIBER, Anderson, A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out/dez 2007, p. 7.

¹³¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.133.

devedor, mas não é precisamente o objeto da obrigação. Este, por sua vez, abrange a prestação principal, com os respectivos deveres primários e secundários ou acessórios, e os deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva, cujo conjunto conforma uma estrutura apta a realizar a função do objeto e, conseqüentemente, da relação obrigacional. A atribuição de função ao objeto, portanto, altera a sua estrutura¹³².

Diz-se que o adimplemento tem por principal efeito a produção do resultado útil, que realiza os interesses do credor. Afirmou-se, outrossim, que os interesses do credor assumem posição de destaque na relação obrigacional, embora não haja propriamente uma relação de subordinação, mas de coordenação entre os interesses de ambas as partes. Vale lembrar que nas relações contratuais correspectivas ambos os contratantes são, ao mesmo tempo, credor e devedor. A perspectiva do interesse coloca em voga, portanto, a necessidade de se associar o interesse concreto, notadamente do credor, ao interesse típico, ou seja, ao interesse abstratamente previsto pela disciplina do respectivo tipo contratual e ao qual o ordenamento confere tutela jurídica. Enfim, eis a função do adimplemento: a satisfação da *prestação devida* (objeto da obrigação), em sua acepção mais ampla, para a realização dos interesses típicos e concretos envolvidos na relação e merecedores de tutela. Para satisfazer tais interesses, o adimplemento deve resultar na produção do resultado útil, ou seja, na realização dos efeitos essenciais do contrato celebrado, os quais, por sua vez, identificam-se com a própria causa do negócio celebrado¹³³.

3.3 A funcionalização do adimplemento e as transformações do inadimplemento

Tendo em vista a traçada evolução do direito obrigacional, bem como do conceito de prestação, em razão do alargamento de seu objeto, e da renovada perspectiva funcional do adimplemento, o inadimplemento não poderia restar incólume no contexto da relação obrigacional complexa e funcionalizada. É importante ter presente, no entanto, que, apesar de antiteticamente ligados, “adimplemento e inadimplemento não constituem, simplesmente, o verso e o reverso de uma mesma medalha que possa ser tratada como uma coisa só”, vez que “cumprimento e incumprimento pressupõem regras próprias e inconfundíveis: nem sempre o termo ‘cumprimento’ esgota todas as formas de extinção

¹³² VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2007. v.2, p.601.

¹³³ SCHREIBER, Anderson, A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out/dez 2007, p. 9.

das obrigações, nem ‘inadimplemento’ indica todas as possíveis formas de violação de situações obrigacionais”¹³⁴.

Sustentando a relevância de uma noção plural e não única de inadimplemento, com base num modelo normativo constituído de princípios e regras entre si articulados numa estrutura e, tal como toda a teoria das obrigações, fundado no princípio da confiança e seus consectários, Judith Martins-Costa¹³⁵ aponta para a insuficiência de uma noção meramente descritiva de inadimplemento e para a necessidade de um conceito normativo, que a doutrina concebe em sentido amplo e em sentido estrito, apresentando como mais adequado o segundo.

Adotando-se tal conceito normativo estrito e uma vez assentada a imprescindibilidade de se investigar as consequências do inadimplemento de cada um dos deveres que compõem a prestação devida sobre o resultado útil programado, coloca-se a necessidade de uma releitura das tradicionais noções de mora e de inadimplemento absoluto consoante a possibilidade e utilidade da prestação.

3.3.1 A mora e o inadimplemento absoluto

Tem-se afirmado que o critério que diferencia as duas espécies de inadimplemento é o fato de ser ou não possível receber a prestação, ou seja, ocorre inadimplemento absoluto quando não mais for possível realizar a prestação devida ou, ainda que possa sê-lo, não mais possa satisfazer o interesse do credor, tornando-se, de uma forma ou de outra, “irrecuperável”. A inutilidade precisa ser mensurada em razão do tempo, lugar e forma do pagamento, sendo que a gradação entre o que seja mera redução da utilidade e o que seja sua total eliminação depende sempre de apreciação em concreto. Ademais, a inutilidade deve ser perquirida tanto objetiva quanto subjetivamente, conforme o interesse de determinado credor na específica relação obrigacional, devendo-se afastar avaliações discricionárias, de modo a “impedir que o credor seja movido por mero capricho”¹³⁶ e a evitar o risco de “arbítrio judicial”.

É justamente por isso que se deve buscar critérios para a avaliação da inutilidade, pelo que se propõem a boa-fé objetiva e o interesse do sinalagma, valendo

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, t. II, p.80.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p.99.

observar as “repercussões no *equilíbrio* entre as prestações; na *funcionalidade* do contrato, implicada no concreto *programa negocial*, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte; na *relação de proporcionalidade*; na própria *licitude*, considerada à vista da cláusula geral do art. 187”¹³⁷. A impossibilidade ou inutilidade, portanto, refere-se à *prestação devida* e não apenas à prestação principal, sendo que o descumprimento de um dever de conduta pode configurar inadimplemento absoluto e mora.

No Brasil, a mora é normalmente associada a um retardamento culposo, “embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma)”¹³⁸, o que não deixa de ser um retardo. Partindo-se de uma noção ampla de *prestação devida*, oriunda do assinalado alargamento do objeto da obrigação, o cumprimento imperfeito nada mais é do que atraso no cumprimento da referida prestação, abrangendo tanto os deveres de prestação quanto os deveres de conduta.

Uma concepção ampla de mora acaba por tornar desnecessária, no ordenamento pátrio, a aplicação da teoria alemã da violação positiva do contrato, concebida por Hermann Staub em 1902, ante as lacunas constatadas no BGB, cujos conceitos de mora e inadimplemento absoluto apenas correspondiam à violação negativa da prestação principal. Staub pretendia configurar um fundamento para a tutela das diversas hipóteses em que alguém viola uma obrigação mediante conduta positiva, fazendo alguma coisa que deveria omitir, ou executando a prestação devida, mas de maneira inexata. Nota-se que, com a reforma do direito obrigacional, ditas lacunas foram supridas com a introdução no sistema alemão de uma cláusula geral de reparação de danos decorrentes da violação de quaisquer deveres oriundos do contrato (§ 280, I, do BGB). A mesma tendência de se conferir um tratamento unitário às diversas obrigações e deveres contratuais já havia sido manifestada na Convenção de Viena de 1980 (*Convention on Contracts for the International Sales of Goods*), prevendo a resolução por

¹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, t. II, p.256.

¹³⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p.29.

inadimplemento fundamental e atentando mais para os efeitos da violação do que para a natureza do dever violado¹³⁹.

Não obstante doutrina minoritária ainda sustente haver um espaço no sistema brasileiro para a teoria da violação positiva do contrato, abrangendo restritivamente o descumprimento culposo de deveres de conduta quando tais deveres não se relacionem diretamente com o interesse do credor na prestação, entende-se mais consentâneo com o hodierno direito das obrigações a compreensão de que “[...] há deveres de conduta que produzem efeitos diretos sobre o resultado útil programado, ligando-se visceralmente à prestação principal, e outros que, apesar de se conectarem apenas de forma indireta a esse resultado útil, também se incluem na concepção mais ampla de prestação devida.”¹⁴⁰.

Enfim, a conclusão mais acertada é a de que “revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento”¹⁴¹. Além disso, sob a perspectiva funcional, fica afastado o receio de um exacerbado recurso à boa-fé objetiva até mesmo quanto aos efeitos da mora, permitindo, por exemplo, que a atribuição ao devedor dos riscos sobre a coisa, nos termos do art. 399, somente ocorra na hipótese de o inadimplemento (inclusive de dever de conduta) seja realmente relevante, afetando o interesse do credor e a produção do resultado útil programado.

3.3.2 A mora no cumprimento das obrigações negativas

No tocante às obrigações negativas ou de não fazer, a transformação reside justamente na revisão do entendimento tradicional de que tais espécies de obrigação não comportariam o inadimplemento relativo, mas somente o absoluto, devido à impossibilidade de se “recuperar” a obrigação de não fazer. Pondera-se, todavia, que tal se aplica somente às obrigações que se encerram de uma só vez, em que não há espaço para o cumprimento intempestivo, enquanto que a mora pode ocorrer nas relações continuadas no tempo, sendo que o que cumpre realmente analisar é a persistência do

¹³⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm, O novo direito das obrigações na Alemanha, *Revista de Direito da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n° 27, 2004, p.6.

¹⁴⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p.112.

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out/dez 2007, p. 17.

interesse do credor na prestação em atraso e, conseqüentemente, a possibilidade e utilidade da prestação. Exemplificativamente, “se o devedor se obriga a não concorrer com o credor, e eventualmente o faz, nada impede que, purgando a mora (com as eventuais perdas e danos), volte a se abster”¹⁴².

Coloca-se, assim, por força da continuidade da relação obrigacional, compreendida como processo, a necessidade de se avaliar o comportamento das partes antes e depois do vencimento da prestação, a fim de apurar os interesses existentes em torno de um possível adimplemento tardio.

Conseqüentemente, o descumprimento da obrigação negativa poderá ensejar não apenas a reparação do dano ou a resolução do contrato, mas também a purga da mora (que neste caso é automática ou *ex re*), a execução específica e a *exceptio non adimpleti contractus*.

3.4 A teoria do adimplemento substancial

A doutrina conceitua a Teoria do Adimplemento Substancial. Pode-se dizer que, se o conceito de adimplemento ampliou-se pela incidência dos deveres de conduta na concreta relação obrigacional, o descumprimento apenas formal da prestação devida, sem afetar o seu resultado útil programado, torna abusivo o exercício pelo credor do direito potestativo de resolução contratual ou da exceção de contrato não cumprido, pondera Anderson Schreiber ¹⁴³.

Assim, diante da realização do resultado útil programado, mesmo ocorrendo inadimplemento, este será considerado mínimo, determinando a adoção de remédios menos incisivos na relação contratual, a exemplo da execução específica da obrigação inadimplida ou da reparação de perdas e danos.

A Teoria do Adimplemento Substancial propõe, em tais termos, a necessidade de se avaliar a gravidade do inadimplemento, a fim de que a patologia contratual seja remediada proporcionalmente à importância da lesão ao interesse do credor. Além da proporcionalidade, os princípios da vedação ao abuso e da conservação dos negócios

¹⁴² SCHREIBER, Anderson, A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out/dez 2007, p. 14.

¹⁴³ Da mesma forma que o cumprimento meramente estrutural da prestação principal não configura adimplemento, exigindo uma análise mais atenta à função concreta do negócio celebrado, a inadequação formal do comportamento do devedor ao débito, tal como estruturalmente definido pelas partes, não ensejará inadimplemento, desde que atendido o escopo especificamente perseguido pelas partes com a constituição do vínculo obrigacional (SCHREIBER, Anderson, A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out/dez 2007, p. 17.)

jurídicos devem ser atuados, especialmente tratando-se de relações sinalagmáticas, cujo equilíbrio entre as prestações correspectivas não tenha sido abalado pelo descumprimento parcial.

Surgida na Inglaterra no ano de 1779, onde as decisões fundadas no formalismo extremo dava azo a decisões arbitrárias, a teoria do adimplemento substancial buscou mitigar as injustiças que poderiam advir da resolução contratual por descumprimento de obrigação acessória.

Essa teoria garante que, em caso onde houver contrato substancialmente adimplido, sendo a mora insignificante, não caberá a extinção deste, mas, apenas, outros efeitos jurídicos, a exemplo, cobrança ou o pleito de indenização por perdas e danos, conforme Eduardo Burssatta¹⁴⁴.

Tal entendimento foi consolidado no caso *Bonee v. Eyre*, julgado por Lorde Mansfield, onde Bonee, havia transmitido para *Eyre*, uma plantação, juntamente com os escravos que lá trabalhavam, pelo valor de quinhentas libras e uma renda vitalícia de cento e oitenta libras anuais. Após *Eyre* atrasar o pagamento anual, *Bonee* ingressa com ação de cobrança e, em reconvenção, *Eyre* tenta resolução do contrato, alegando que atrasou o pagamento pois na plantação não havia nenhum escravo de propriedade de *Bonee*. Entendeu Lord. Mansfield que não era possível a resolução do contrato, pois, Bonee havia descumprido apenas uma obrigação acessória (*warranties*).

Dessa forma, diferenciava-se as *conditions* e *warranties* a partir de coisa critérios o primeiro, baseado na vontade das partes, que poderiam estabelecer o que eram *conditions* e o que deveria ser considerada como *warranties*; o segundo, em que se tomava em conta a relevância do pacto considerado em si mesmo. Assim, seriam considerados *conditions* os deveres que, uma vez descumpridos, afetassem diretamente a economia do contrato. Aqueles deveres que são tão essenciais que seu descumprimento acarreta o descumprimento do contrato em sua totalidade, de forma que poderá a outra parte buscar a resolução do contrato¹⁴⁵.

Pode-se ressaltar, no entanto, que a Teoria do Adimplemento Substancial teve seu ápice no século XVII, quando as Cortes inglesas começaram a valer-se dos

¹⁴⁴ [...] surgiu no direito inglês o entendimento de que tão-só o descumprimento de uma prestação dependente (*condition*) dava azo à resolução do contato, enquanto o descumprimento de um dever meramente acessório ou colateral, do qual a avença não é dependente (*warranty*), apenas concedia ao credor o direito de reclamar as perdas e danos (*demages*) daí recorrente (BUSSATTA, Luiz Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.39.)

¹⁴⁵ BUSSATTA, Luiz Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.41.

precedentes já existentes para julgarem os casos concretos, dentro da individualidade e equidade que lhes eram exigidas¹⁴⁶.

Assim, desde a Inglaterra de 1779 houve diversos avanços na amplitude da teoria do adimplemento substancial, tudo ensejado pelo princípio da boa-fé e função social do contrato.

No Brasil, o primeiro acórdão sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça data de 1995, relatado pelo ministro Ruy Rosado no Recurso Especial 76.362/MT, em um caso clássico, onde dois segurados ingressaram com ação de cobrança contra a seguradora, cobrando a cobertura devida para sinistro de acidente veicular. A seguradora havia negado a cobertura pelo fato de a última parcela estar em atraso na data do sinistro. Apreciada no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, o órgão entendeu que o pagamento do prêmio do seguro era obrigação primordial para exigir da seguradora a cobertura. Chegado ao Superior Tribunal de Justiça, o recurso foi provido com base na teoria do adimplemento substancial, onde o Ministro relator fundamentou a aplicação da referida teoria no fato de que a seguradora sempre recebia com atraso as prestações, cobrando, apenas juros; o que era previsto contratualmente. E, além disso, que o segurado cumpriu substancialmente com sua obrigação, não sendo a falta suficiente para extinguir o contrato.

Deve-se destacar, ainda, na evolução da teoria do adimplemento substancial, o enunciado 361 elaborado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que estabelece que o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475 do Código Civil. Devendo, ainda, levar-se em conta os aspectos qualitativos e quantitativos, como norteia o enunciado 586 do referido Conselho.

Desta feita, é indiscutível que com a introdução do princípio da boa-fé e da função social do contrato como cláusula geral do Código Civil, houve uma considerável mitigação da autonomia privada e da *pacta sunt servanda*.

¹⁴⁶ CHUEIRI, Rodrigo Cunha. *Adimplemento Substancial*. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p.33.

3.4.1 Adimplemento substancial e boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé está previsto em diversas passagens do Código Civil brasileiro, a exemplo dos artigos: 113 (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”); 187 (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”); 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”)¹⁴⁷; dentre outros.

Por este princípio, compreende-se uma relação jurídica entre as partes com o dever de guardar a lealdade e respeito recíprocos devendo ter a boa fé.

Havendo sempre uma interpretação jurídica a fim de examinar qual realmente era a intenção de um ou ambos contratantes ou qual será a intenção, será possível identificar se houve uma conduta ou elemento que venha intervir para a identificação de boa ou má-fé. Ambos os contratantes devem ter sempre uma conduta que venha a guardar a boa-fé, mesmo após adimplido o contrato, sobre o risco de efeitos residuais.

Em um contrato, na interpretação deste princípio, é muito importante a forma como foi elaborado este contrato, as condições, as desigualdades, enfim, qualquer informação que venha descaracterizar a boa-fé. “Importa, pois, examinar o elemento subjetivo em cada contrato, ao lado da conduta objetiva das partes. A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração”¹⁴⁸.

No ordenamento jurídico pátrio no art. 422 do código civil brasileiro é disciplinado o presente princípio: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”¹⁴⁹. Complementarmente, segundo Maria Helena Diniz, esse princípio quando da interpretação do contrato, e preciso ater-se mais a intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes

¹⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 16 ed.. São Paulo: Atlas, 2016. v.2, p.378.

¹⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 5 mai. 2020.

deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e execução do contrato¹⁵⁰.

Conforme se observou na doutrina os deveres decorrentes deste princípio é que as partes devem ter boa-fé devendo o contratado e o contratante ajudar na execução do contrato.

Sobre a pluralidade de momentos em que a boa-fé promove a sua contribuição social, Mário Júlio de Almeida Costa¹⁵¹ informa que a contribuição da boa-fé em âmbito contratual divide-se em três instantes: a princípio, pode ser observada quando, ao impor normas de conduta aos contratantes, obsta intenções abusivas transformando-se em efetivo mecanismo de proteção dos interesses sociais afetos aos negócios jurídicos. Em um segundo momento, a boa-fé transformar-se-á em verdadeira balizadora de direitos e deveres das partes, restando abusos e assegurando a realização dos fins econômico e sociais dos contratos. Por último, na condição de modelo interpretativo, a boa-fé é que irá servir de norte para o trabalho do interprete primando pela honestidade, lealdade e correição.

Devido a complexidade na identificação do conceito de boa-fé, foi adjetivado este princípio em duas formas, a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Tanto uma como a outra são importantes, porém, na aplicação de contratos, a boa-fé objetiva possui grande relevância, posto que é onde identifica-se o respeito pelo direito da outra parte, ou seja, mesmo o contratante não defendendo os interesses alheios, ele consegue identificar os direitos que cabem a ambos e busca uma justiça clara e com mútuo respeito¹⁵², segundo Orlando Gomes¹⁵³.

Muito importante salientar que agir em conduta de má-fé caracteriza descumprimento de lei, portanto age com ilicitude dando a outra parte o direito de indenização pelo prejuízo causado pelo ato. Portanto, mesmo que não esteja caracterizada em contrato a resolução por atitude de má-fé, não exonera a parte que agiu de forma ilícita de sofrer a responsabilidade civil subjetiva¹⁵⁴.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.3, p.77.

¹⁵¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12 ed. rev. e. act. Coimbra: Almedina, 2016, p.358.

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.106.

¹⁵³ GOMES, Orlando. *Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.42.

¹⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p.797.

Portanto, aquele que abusa do próprio direito ao pactuar (liberdade contratual) e extrapola os limites ao fixar obrigações abusivas, também descumpra as previsões do ordenamento jurídico, tornando possível a modificação do contrato se for levado ao Judiciário. Afinal, os preceitos normativos e de interpretação referentes à boa-fé em verdade constituem uma cláusula inibitória da ocorrência de cláusulas abusivas¹⁵⁵.

Desta forma, seja por ação, por omissão ou por abuso na ação, em todas elas estará o contratante sujeito ao atendimento pleno da boa-fé, sob pena de cogente manifestação do Judiciário.

A dimensão da boa-fé é tão significativa que ela não se restringe ao âmbito do direito contratual, mas sim alcança diversas outras áreas, como o direito das coisas, o direito processual e também o Direito Público. Com isso, diante da necessidade do recorte teórico para ser possível o estabelecimento de algumas ideias, foi possível perceber como, de fato e de direito, está-se diante de um conteúdo deveras abrangente, mas que a boa-fé em seu lado objetivo facilita a aplicação pelo jurista, traz deveres de conduta anexos e tem expressamente várias previsões legais.

Nos contratos, a boa-fé objetiva é importante, uma vez que é onde identifica-se o respeito pelo direito da outra parte, ou seja, mesmo o contratante não defendendo os interesses alheios, ele consegue identificar os direitos que cabem a ambos e busca uma justiça clara e com mútuo respeito. Acerca desse princípio, Bierwagen explica que é “difícil definir, num só conceito, o que vem a ser o princípio da boa-fé, não só porque apresenta múltiplos sentidos, [...] mas principalmente porque em cada um desses sentidos a sua noção deve ser construída a partir de critérios próprios”¹⁵⁶.

Note-se que de acordo com o posicionamento dos autores o que se espera aplicando o princípio da boa-fé objetiva é assegurar uma relação contratual onde as partes não sejam lesadas nem de um lado, nem de outro, onde as partes possam ter uma postura de cooperação e solidariedade recíproca.

Resta agora analisar outro princípio que tem sido usado como fundamento para aplicar a teoria do adimplemento substancial e que se encontra previsto no enunciado n. 361CJF/STJ aprovado na IV Jornada de Direito Civil, que é o princípio da função social do contrato. Referido princípio será analisado a seguir.

¹⁵⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed., Coimbra, Almedina, 2007. v.2, p.122.

¹⁵⁶ BIERWAGEN, M.Y. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.77.

3.4.2 Adimplemento substancial e função social do contrato

Compreende-se a função social do contrato como a cláusula geral, aberta, que vincula a legitimidade e validade do contrato para ambiente metaindividual, para fora do ambiente restrito ou de interesse privado dos contratantes.

Quando se fala em função de algo, remete-se a uma funcionalização, ou seja, se refere à sua utilidade e sua repercussão em sociedade. Segundo Nalin¹⁵⁷, funcionalizar, na perspectiva da Constituição de 1988, significa deixar claras as bases fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. Muitas outras disciplinas, tais como, sociologia, filosofia, economia, antropologia, psicanálise, história e, principalmente a ética, acabam se revelando instrumentos de análise do Direito.

Tratando do assunto, Diniz¹⁵⁸ ensina que, de fato, é reconhecida a liberdade de contratar, porém, seu exercício encontra-se atrelado à função social do contrato demandando por valores como a boa-fé e probidade. Desta feita, a função social do contrato, cujo fim inclina-se à satisfação de interesses sociais, não suprime o princípio da autonomia contratual, porém reduz seu alcance, quando se fizerem presentes interesses metaindividuais ou interesses individuais coletivos referentes à dignidade da pessoa humana.

Assim, ao se estabelecer a função de algo, está-se diretamente apontando que este algo passa agora a agir em virtude de algum padrão comportamental. Comparato¹⁵⁹ aponta que o descumprimento da função (no caso, atualmente, da função social do contrato) acarreta um desvio de finalidade, caracteriza uma disfunção e, portanto, uma ilegalidade que precisa ser enfrentada pelo Judiciário.

A respeito da importância e da vinculação da palavra legal (função), disse: “[...] é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nesta matéria, como legitimação do poder”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva constitucional*. 2. ed. Curitiba. Juruá. 2008, p.87.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.3, p.71.

¹⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983, p.61

¹⁶⁰ *Ibidem*.

Cabe também trazer o complemento de Diniz¹⁶¹ através das suas indispensáveis palavras ao afirmar que esta ideia toda é a consagração do princípio da socialidade, que, por sinal, é um dos três pilares (ao lado da eticidade e da operabilidade) no anteprojeto do Código Civil de Miguel Reale. Assim, eximem-se os excessos do individualismo e da autonomia da vontade, consagrando-se o princípio da socialidade. É importante que o contrato possua alguma utilidade social, de maneira que os interesses dos contratantes não destoem do interesse da coletividade.

Com isso tem-se de maneira muito clara qual deve ser o fim almejado pelas partes ao contratarem e, acaso se distanciem destes preceitos tornando um dos lados mais vantajoso do que o outro, caberá ao Judiciário rever, modificar, desfazer o que tiver que assim ser feito no conteúdo e instrumento pactuado.

Nada obstante tudo isso, a força da liberdade contratual ainda é realmente significativa, mesmo diante das suas limitações hodiernas, tanto que Martins-Costa¹⁶² se refere a “poderes”, mas não mais como algo soberano do contratante, do indivíduo. Tal situação ratifica a afirmação acima de que, mesmo diante dos princípios contemporâneos, não houve morte do princípio da autonomia da vontade.

Tal princípio não pode ser interpretado a fim de buscar uma igualdade absoluta e nem com o objetivo de extinguir a liberdade contratual, mas sim de buscar tornar as partes mais equânimes, de se promover um equilíbrio das forças contratantes, como dito.

Nesse sentido também são as palavras de João Luís Nogueira Matias¹⁶³ ao afirmar que a função social do contrato é o fenômeno que zela pelo equilíbrio das partes contratantes, de maneira que os socialmente mais fortes não prevaleçam sobre os hipossuficientes.

Comparando o princípio da função social com o princípio da boa fé objetiva afirma-se que o descumprimento da boa-fé objetiva gera efeitos apenas entre os contratantes, já que o lesado pode pedir indenização, revisão ou mesmo a rescisão junto ao contratante, além das penas previstas no pacto. O descumprimento da função social

¹⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.3, p.73.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: Inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, t. II, p.112.

¹⁶³ MATIAS, João Luís Nogueira. Da cláusula pacta sunt servant à função social do contrato: o contrato no Brasil. In: *O sistema contratual romano: de Roma ao direito atual*. Coord: Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra: Coimbra Editora. Edição especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 485-505.

ocasiona lesão a terceiros, tenham ou não os contratantes ciência deste potencial poder danoso do pacto, sendo absolutamente dispensado o elemento volitivo, ou seja, ainda que assim não tenham atuado ou pretendido os contratantes.

Feitas todas estas considerações, cabe apontar que a função social do contrato leva à humanização da relação contratual, como quando repelem as cláusulas leoninas (por sinal, expressão esta até decaída face à ideia de cláusulas abusivas e o diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor).

Do exposto depreende-se que a função social do contrato, bem como a boa-fé objetiva possui natureza jurídica, cabendo em toda relação contratual e expressamente previsto no art. 421 do Código Civil e estabelecendo-se como imperativo inafastável e de observância obrigatória.

Referente à função social do contrato, importa destacar o que preceitua Bierwagen no que tange às funções sociais do contrato: “uma econômica, na medida em que se representa um instrumento de circulação de riquezas e difusão de bem; outra regulatória, enquanto enfeixa direitos e obrigações voluntariamente assumidas pelas partes; e por fim, social, considerando que seu exercício dirige-se para a satisfação de interesses sociais”¹⁶⁴.

A função social do contrato pode ser compreendida como a cláusula geral, aberta, que se presta a vincular a legitimidade e validade do contrato para ambiente metaindividual, para fora do ambiente restrito ou de interesse privado dos contratantes. Assim, a função social do contrato consiste na autonomia da vontade em contratar, sobrepondo-se, claro, o interesse da coletividade ao interesse privado, conforme já vem sendo reconhecido pelos tribunais pátrios.

3.4.3 Adimplemento substancial e equivalência material

O princípio da equivalência material, ou do equilíbrio das prestações, é obra do sistema jurídico alemão, sendo encontrado não expressamente no texto do BGB, mas em obras doutrinárias e de maneira implícita na normatização alemã¹⁶⁵.

¹⁶⁴ BIERWAGEN, M.Y. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.63.

¹⁶⁵ ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

Atualmente, conquanto não esteja expresso nos códigos privados, não se duvida da existência do princípio do equilíbrio contratual integrado ao ordenamento jurídico de diversos países¹⁶⁶.

No que diz respeito à sua incidência, apresenta-se “ora como expressão de justiça, ora como aspecto da boa-fé objetiva, ora como um instrumento que autoriza a revisão dos contratos, ou, ainda, o equilíbrio a ser buscado nos contratos sinalagmáticos”¹⁶⁷, sendo, verdadeiramente, um pressuposto para a consecução de obrigações mais justas, de um contrato justo, onde a equivalência de forças dos contratantes obsta que exista uma parte mais forte aproveitando-se para explorar o que se apresente mais frágil, submetendo-a a um negócio jurídico usurário. De fato, no direito alemão, a usura – uma extraordinária desproporção entre a prestação e a contraprestação – configura hipótese de nulidade negocial¹⁶⁸.

Sendo uma forma de concretização da boa-fé, não se admitindo prejuízos desproporcionados¹⁶⁹, o equilíbrio contratual significa que em operações onerosas bilaterais o valor entregue deve corresponder ao valor recebido, porquanto “cada um dos contratantes deseja receber uma prestação que seja mais ou menos equivalente à sua e ambos desejam encontrar uma vantagem no negócio”¹⁷⁰.

Assim, sua invocação liga-se notadamente às hipóteses de lesão e da teoria da imprevisão, vez ser “patente que a lesão e a onerosidade excessiva acarretam desequilíbrio dos direitos e deveres estipulados”, onerando de forma desmedida e injustificada uma das partes, demandando intervenção judicial¹⁷¹.

Estando os contratantes sujeitos a tensões internas, mas também externas, decorrentes da economia globalizada, instabilidades socioeconômicas, bélicas e governamentais, mister que a lei e o judiciário atuem no exame e na preservação do equilíbrio contratual.

O princípio do equilíbrio contratual não tutela apenas o equilíbrio econômico do contrato, mas visa ao equilíbrio de direitos e obrigações que as partes assumem, em uma preocupação para com a justiça intrínseca do ato negocial¹⁷².

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Ibidem, p.164-165.

¹⁶⁸ Ibidem, p.73-74.

¹⁶⁹ CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e Menezes. *A boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p.658.

¹⁷⁰ EISAQUI, Daniel Dela Coleta. *Revisão Judicial dos Contratos*. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 85.

¹⁷¹ ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

¹⁷² EISAQUI, Daniel Dela Coleta. *Revisão Judicial dos Contratos*. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 115-116.

Desta forma, vislumbrar-se-á a onerosidade excessiva não somente com a obtenção de um benefício indevido ou a superveniência de um prejuízo injustificado, mas também estará o contrato desequilibrado se houver transferência de riscos e encargos à parte vulnerável.

Autorizando a revisão ou a resolução do contrato, o princípio do equilíbrio contratual mitiga a força obrigatória dos contratos para “realizar e manter o equilíbrio real de direitos e deveres durante toda a dinâmica do contrato, seja para manter o equilíbrio estabelecido no início da tratativa, ou para restaurá-lo, nos casos de onerosidade excessiva; ou, ainda, instaurá-lo, quando inexistente”¹⁷³.

Sua aplicação, vale dizer, será autorizada mediante a constatação do desequilíbrio quando a prestação contratual objetivamente considerada tiver sua causa, natureza e finalidade perturbada ou destruída e do poder contratual dos sujeitos, não apenas em relação à capacidade econômica, mas também acesso a informações, conhecimento do negócio, do mercado, dos riscos relacionados ao negócio.

No plano da teoria da imprevisão, a superveniência de fatos extraordinários e imprevisíveis, onerando excessivamente uma ou ambas as partes, o que ocasiona a quebra da equivalência e o enriquecimento injustificado de um dos contraentes, atua o princípio do equilíbrio contratual para solucionar o desequilíbrio, fazendo renascer a igualdade substancial¹⁷⁴.

Não se trata, saliente-se, de um subterfúgio para que o devedor se desvincule das suas obrigações, mas sim de um instrumento para que haja o cumprimento segundo as expectativas econômicas iniciais das partes, observadas a boa-fé, a função social do contrato e as bases éticas e equitativas, evitando abusos, situações de injustiça e a desnaturalização da finalidade social do contrato.

3.5 Parâmetros para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial

É de fácil percepção entender que um dos grandes desafios na aplicação dessa teoria é determinar critérios onde se estabeleça o que de fato seria suficiente de cumprimento do contrato para ser analisado pela Teoria do Adimplemento Substancial¹⁷⁵.

¹⁷³ ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Op. cit., p.119.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p.184-185.

¹⁷⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Coleção Professor Agostinho Alvim), p.93-94.

O que se nota é que para o autor existe uma necessidade de valoração para gravidade do adimplemento, posto que por não existir um parâmetro para o estabelecimento da substancialidade do adimplemento torna-se mais difícil a aplicação da teoria e exige uma análise mais aprofundada em cada caso concreto.

Oposto ao posicionamento de Martins, tem-se a opinião de Bussatta que defende que de fato, a pretensão de buscar parâmetros fixos e abstratos, aplicáveis indistintamente à generalidade dos casos, está fadada ao insucesso. Isso em razão de que a diversidade de interesses que movem as partes faz de cada negócio jurídico contratual único, inconfundível, com características e funções completamente distintas de outro congêneres¹⁷⁶.

Aqui o autor acredita que por cada contrato possuir características que o coloca como único e inconfundível, torna-se fadada ao insucesso o estabelecimento de parâmetros pré-determinados de valoração da gravidade do inadimplemento.

O fato é que não existe ainda um critério preestabelecido para balizar a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, visto que alguns defendem que 51% já se trata de adimplemento substancial, outros vão mais além usando como base um percentual mais elevado como 91%, e não bastando essa enorme diferença para estabelecer o que de fato pode ser considerado adimplemento substancial, existe ainda os que não consideram sequer essa porcentagem de 91% como adimplemento substancial¹⁷⁷.

Na busca para identificar algum caminho um pouco mais seguro e certo para configurar a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, será analisado o quesito de apreciação valorativa e qualitativa que já vem sendo usado pela doutrina e jurisprudência.

A doutrina e a jurisprudência vêm se valendo da análise econômica como um dos critérios interpretativo para aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, ficando esse critério, claro, sujeito à legalidade constitucional. Como já defendido por Pietro Perlingieri¹⁷⁸.

¹⁷⁶ BUSSATTA, Luiz Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.107.

¹⁷⁷ CHUEIRI, Rodrigo Cunha. *Adimplemento Substancial*. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p.54.

¹⁷⁸ Com isso não se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para escrutinar o direito e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica (PERLINGIERI, Pietro *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil constitucional*. Trad. De Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p.64.)

Veja-se que o autor ao fazer uma análise acerca desse critério interpretativo pondera que a complexidade do Direito pode vir a impedir a aplicação do critério econômico nas questões jurídicas. Perceba que é interessante observar como os aspectos patrimoniais podem influenciar direitos existenciais.

Observe-se o posicionamento dos tribunais no que tange a apreciação valorativa nos casos de adimplemento substancial por meio de suas decisões¹⁷⁹.

Ao contrário do precedente judicial anterior, esse outro do Tribunal de Justiça do Paraná pleiteia o uso do adimplemento substancial com base em um cumprimento de 80% do valor devido, utilizando-se do parâmetro valorativo¹⁸⁰.

No exemplo citado acima não bastou para o legislador que se tenha adimplido com 80% do contrato, uma vez que considera não ser razoável aplicar a Teoria do Adimplemento Substancial valendo-se de critério matemáticos. Assim, importa observar o que traz a doutrina e a jurisprudência acerca da apreciação qualitativa.

Referente à apreciação qualitativa, inicia-se citando um precedente judicial do Tribunal de Justiça do Paraná¹⁸¹.

Quando o Ministro Antônio Carlos Ferreira analisou esse caso, pode concluir que questão da apreciação não deve ser somente valorativa, mas também qualitativa, ele a partir dessa conclusão elencou um conjunto de requisitos e ou pressupostos que se fazem necessários para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

Evidencia-se, pois, que as análises dos critérios para aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial devem ser realizadas sempre à luz de suas particularidades.

Finalizando esta seção, recorde-se que foram apresentados conceitos, a origem da Teoria do Adimplemento Substancial, sua aplicação no direito comparado e no

¹⁷⁹ É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[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". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da Teoria do Adimplemento Substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido (STJ - REsp: 1051270 RS 2008/0089345-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/08/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2011.)

¹⁸⁰ TJPR - 17ª C. Cível - AI - 1614753-8 - Francisco Beltrão - Rel.: Lauri Caetano da Silva - Unânime - J. 08.02.2017

¹⁸¹ STJ - REsp: 1.581.505 SC 2015/0288713-7, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 18/08/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28Q09/2016.

direito brasileiro, encerrando com a apresentação de parâmetros para a aplicação desta teoria.

3.6 Fundamentos Legais e Jurisprudência do Adimplemento Substancial no Direito do Consumidor

Inicialmente, deve-se trazer a discussão, de forma sucinta, o conceito de consumidor, ante a presença de algumas divergências nos ordenamentos jurídicos aqui trabalhados.

No ordenamento jurídico português, como bem coloca o Professor Jorge Carvalho de Moraes “as noções de aderente (nas cláusulas contratuais gerais) ou de utente (nos serviços públicos essenciais) não se confundem com a de consumidor, apesar de uma grande proximidade [...]”¹⁸² ”.

Por não haver um “Código de Defesa do Consumidor”, pode-se encontrar, em Portugal, o conceito de consumidor em vários diplomas legais, tais como o DL 29/2006, DL 133/2009, além das generalidades das Diretivas da União Europeia.

Nesse interim, entende-se como o conceito mais adequado para consumidor o extraído do art. 2º - 1 da Lei 24/69, que consumidor é “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.”¹⁸³

Assim, pode-se afirmar que, em Portugal, pela regra geral, é considerado consumidor toda pessoa singular (pessoa física) que adquira um bem/ serviço desde que seja destinado a uso não profissional. Não se aplicando à pessoa colectiva (pessoa jurídica) a referida “prerrogativa”.

No tocante ao conceito de consumidor no direito brasileiro, este distingue-se do adotado em Portugal, principalmente em razão de fundo, vez que se encontra organizado na estrutura de um microssistema.

No microssistema de proteção do consumidor do ordenamento jurídico brasileiro, adota-se, majoritariamente, a teoria finalista mitigada¹⁸⁴ (ou atenuada), que,

¹⁸² CARVALHO, Jorge Moraes. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 23.

¹⁸³ PORTUGAL. *Lei de Defesa do Consumidor* [em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2018 [Consult. 15 de Ago. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis.

¹⁸⁴ Há, ainda, no Brasil diversas correntes doutrinárias divergentes da Teoria Finalista Mitigada, das quais destaca-se a Teoria Maximalista e a Teoria Finalista Pura.

em linhas gerais, conforme art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, considera consumidor “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final ¹⁸⁵”, desde que presente a vulnerabilidade – presumida ou não.

A necessidade de se acrescentar o requisito da vulnerabilidade nasceu doutrinariamente, para melhor conceituar consumidor. Requisito inserido de uma interpretação teleológica do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Deve-se salientar que, ao se questionar uma relação de consumo entre pessoa física (pessoa singular) com uma pessoa jurídica (pessoa colectiva), a vulnerabilidade é presumida.

Todavia, diferentemente de Portugal, pelo fato de no Brasil a pessoa jurídica ser tida como consumidora, no moldes do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, é necessário uma maior atenção ao requisito da vulnerabilidade, vez que esta deve ser provada.

De forma radical, ao ver do subscritor, alguns doutrinadores nacionais chegam a defender que, apenas, a pessoa jurídica sem fins lucrativos pode ser vista como consumidora. É o que coloca José Geraldo Brito Filomeno¹⁸⁶.

Nessa estarei, traz-se que a teoria majoritária, adota, inclusive, pelos Tribunais Superiores não adota essa linha. Tendo como majoritária a regra: pessoa física, vulnerabilidade presumida; pessoa jurídica (com ou sem fins lucrativos) vulnerabilidade a ser comprovada.

Como já trabalhado o direito do consumidor brasileiro se encontra codificado em uma lei única que surgiu através da Política Nacional de Relação de Consumo, que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos aos seus princípios ¹⁸⁷.

A Política Nacional de Relação de Consumo buscou elevar, motivado pelo movimento constitucional de 1988, elevar o valor jurídico da boa-fé e da função social

¹⁸⁵ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Editora do Senado, 2015.

¹⁸⁶ (mais racional que sejam consideradas aqui as pessoas jurídicas equiparadas aos consumidores vulneráveis, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade. E, por outro lado, complementando essa pedra de toque do ‘consumerismo’, diríamos que a ‘destinação final’ de produtos e serviços, ou seja, sem fim negocial, ou ‘uso não profissional’, encerra esse conceito fundamental) GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 26.

¹⁸⁷ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Editora do Senado, 2015.

dentro das relações de consumo. Construindo mecanismos que garantissem a proteção do consumidor face aos arbítrios que ocorriam.

De forma similar, em Portugal, no ano de 1996 fora criada a lei 24/96 que logo no artigo 1º trouxe o dever geral de proteção ao consumidor, incumbindo ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais ‘proteger o consumidor, designadamente através do apoio à constituição e funcionamento das associações de consumidores e de cooperativas de consumo, bem como à execução do disposto na presente lei’¹⁸⁸.

Nesse interim, cumpre, trazer parte do sumário do Decreto Lei 446/85, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais, ao preceituar que o Código Civil português “consagra em múltiplas disposições o princípio da boa-fé. [...] com vista à salvaguarda dos interesses da parte negocialmente mais fraca. Através da boa-fé, o intérprete dispõe de legitimidade para a efectivação de coordenadas fundamentais do direito”¹⁸⁹.

Não estando avulsa nos ordenamentos jurídicos luso-brasileiro, o princípio da boa-fé e da função social do contrato são as “pedras de toque” da teoria do adimplemento substancial sob ótica consumerista.

Presente no artigo 802.º, n.º 2 Código Civil português, é vedado ao credor resolver o negócio caso o não cumprimento parcial tiver escassa importância. Nota-se aí, garantia da manutenção do contrato para eventual impossibilidade parcial do devedor¹⁹⁰. Tudo, como forma compensatória do direito que o mesmo diploma oferta no n.º 1 do mesmo artigo.

Frise-se parte da Lei de Defesa do Consumidor Português que, no intuito de evitar abuso nos contratos pré-estabelecidos (ou contratos de adesão no Brasil), os prestadores de serviços estão obrigados manter sempre uma redação clara e fácil, não podendo incluir cláusula que acarrete desequilíbrio em detrimento do consumidor. Do caso contrário, ficam sujeitas ao regime de cláusulas gerais (decreto lei 446/85) ora falado¹⁹¹.

¹⁸⁸ PORTUGAL. *Lei de Defesa do Consumidor* [em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2018 [Consult. 15 de Ago. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis.

¹⁸⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei 446/85 [em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2018 [Consult. 15 de Ago. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis.

¹⁹⁰ Cumpre salientar que o n.º 2 do artigo 802.º atua, explicitamente, como garantia de manutenção do contrato, vez que o n.º 1 dá ao credor a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, tendo, ainda, o direito à indenização

¹⁹¹ Artigo 9.º, 2, DL 446/85 - Os referidos contratos são, todavia, nulos quando, não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé.

Tamanha relevância da matéria que, atualmente, já se encontra pacificado nas Cortes lusitanas, o que se infere dos julgados do STJ.

De forma diversa à portuguesa, no Brasil, o referido tema ainda é objeto de debate fervoroso, apesar de diversos mecanismos estampados explicitamente em vários diplomas. A exemplo, o art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor que considera nula as cláusulas que: “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade¹⁹²”.

Nesse interim, ressalta-se ainda dispositivos do Código Civil brasileiro, que como já narrado, enaltecem o princípio da boa-fé; citado cinquenta e cinco vezes no referido diploma. Sendo, a boa-fé é requisito essencial para a constituição e validade do contrato no Brasil.

Ao se aplicar, teologicamente, o art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor e os artigos 421 e 422 do Código Civil, nota-se que, no momento em boa-fé não é invocada nos contratos consumeristas, seja por estabelecimento de cláusulas abusivas o obrigações iníquas, tal cláusula é nula podendo desencadear na nulidade de todo o contrato¹⁹³. Matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça e outras Cortes brasileiras¹⁹⁴.

¹⁹² BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Editora do Senado, 2015.

¹⁹³ Ao longo do trabalho se foca na boa-fé pelo fato de a principal, na opinião do autor, para a abordagem do tema. Parte-se, assim, da presunção de conhecimento dos demais principais contratuais que devem ser respeitados (*pacta sunt servanda, venire contra factum proprium*).

¹⁹⁴ STJ-1034097) AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL (CPC/1973). COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO DE CONTRATO. MÁ-FÉ DA RECORRIDA. AFASTAMENTO. BOA-FÉ OBJETIVA DO RECORRENTE. INTERESSE EM CUMPRIR O CONTRATO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO INADIMPLEMENTO ATRIBUÍDA AO DEMANDADO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 932.528/SP (2016/0149878-0), 3ª Turma do STJ, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Dje 15.06.2018). TJDFT-0466674) CONSUMIDOR E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. VEÍCULO NOVO DANIFICADO ANTES DA ENTREGA. CONSERTO EFETIVADO. RESCISÃO CONTRATUAL. NÃO CABIMENTO. MORA CONFIGURADA. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. PROBLEMA RESOLVIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO JUDICIAL. LAUDO PERICIAL. INEXISTÊNCIA DO DEFEITO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. I - A relação jurídica estabelecida por contrato de compra e venda de veículo entre a empresa concessionária e o adquirente do bem é de consumo, pois se amolda aos requisitos qualificadores de tal relação, expostos nos artigos 1º a 3º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). II - O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 18, § 1º, que não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; o abatimento proporcional do preço; ou a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Sanando-se o vício em prazo inferior a trinta dias, incabível o pleito de restituição do veículo. III - No caso dos autos, ainda que haja disposição expressa quanto à solução do vício no prazo de 30 dias, entendo que deve ser aplicada a teoria do adimplemento substancial, que se fundamenta no princípio da boa-fé objetiva, apresentando-se como uma limitação a possibilidade de imposição abusiva do credor para com o devedor de interromper o contrato, reiterando a função econômica e social do contrato. [...]. V - Para a fixação do valor dos danos morais devem ser observados alguns parâmetros fixados pela jurisprudência, quais sejam: a extensão do dano ou gravidade da violação, a repercussão na esfera pessoal da vítima, o tempo de permanência da infração, a função preventiva da indenização ou o grau de reincidência do fornecedor e, por fim, o grau de culpa e a capacidade financeira do ofensor, além de respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. VI - Apelação Cível conhecida e provida em parte para fixar o valor da indenização por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Custas e despesas processuais proporcionais em razão da sucumbência parcial de ambas as partes (artigo 86 do CPC/2015) Em razão da sucumbência recíproca, fixo os honorários recursais em 12% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §§ 1º, 2º e 11º, do CPC/2015, em favor de cada

Nesse interim, merece, ainda, destaque a jurisprudência brasileira, já absorveu a teoria do adimplemento substancial, fundando-se na cláusula geral da boa-fé objetiva. Nesse sentido, deve-se trazer os enunciados – 586¹⁹⁵ e 361¹⁹⁶ - já formulados pelo Conselho da Justiça Federal sobre o tema, vez que tal teoria não abrange somente a quantidade de prestação cumprida, mas também os aspectos qualitativos da prestação.

parte, vedando-se a compensação (artigo 85, § 14, CPC/2015). (Processo nº 20120710376297 (1109010), 3ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Gilberto Pereira de Oliveira. j. 11.07.2018, DJe 18.07.2018).

APELAÇÃO EM AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. PAGAMENTO INTEGRAL DA DÍVIDA. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DA FINANCEIRA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. CABIMENTO. DIÁLOGO DAS FONTES. DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Diante de sua evidente boa-fé, a Apelante quitou o valor integral da dívida (fls. 140/143), e ainda assim se encontra privada da posse do bem móvel, motivo pelo qual deve o presente reclamo lograr êxito. 2. Trata-se de entendimento consentâneo com o nosso ordenamento jurídico, notadamente o Código de Processo Civil, segundo o qual em seu art. 8º vaticina que ao "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência" 3. O fato do Decreto-Lei nº 911/69 disciplinar a alienação fiduciária não oferece óbice à aplicação ao caso da teoria do adimplemento substancial. Normas de direito privado. Teoria do diálogo das fontes. 4. Recurso conhecido e provido. (Apelação nº 0635494-90.2017.8.04.0001, 2ª Câmara Cível do TJAM, Rel. Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura. j. 19.03.2018).

¹⁹⁵ Enunciado 586 do Conselho da Justiça Federal - Para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil - CJP), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos.

¹⁹⁶ Enunciado 361 do Conselho da Justiça Federal - O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAIS

Neste último capítulo busca-se explicar a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de financiamento habitacionais, e, mais especificamente, aos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis. Para tanto, explica o princípio da revisão contratual ou da onerosidade excessiva; esclarece sobre a revisão contratual no direito português e no brasileiro; e, por fim, aborda a (Im)possibilidade de aplicar a tese do adimplemento substancial em caso de inadimplência de contratos de financiamento imobiliário.

4.1 Princípio da revisão contratual ou da onerosidade excessiva

O atual Código Civil optou por um sistema aberto, composto de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, dando ampla liberdade ao magistrado, para julgar de acordo com o seu arbítrio, sua experiência e seu conhecimento, após a análise particular de cada caso concreto.

É inegável e indiscutível, perante a doutrina majoritária, que a teoria da onerosidade excessiva é de “caráter excepcional e de interpretação restritiva”. Daí, a partir da análise de cada caso concreto de desequilíbrio contratual, diante dos vários que se apresentam, é que o magistrado poderá decidir pela aplicação ou não da teoria da onerosidade excessiva. No entanto, delimitar os pressupostos de aplicabilidade da teoria é de suma importância, para que se crie um parâmetro, que seja tomado como base para a aplicação aos demais casos concretos, evitando-se, assim, aplicações divergentes e incabíveis. Isso porque a obrigatoriedade dos pactos ainda é uma regra, que não pode ser esquecida, sob pena de se implantar a insegurança e a desordem.

A onerosidade excessiva está ligada tanto a um elemento material, de troca econômica de prestações, quanto a um elemento consensual, ambos existentes em todo contrato oneroso. De plano, pode-se excluir do âmbito de aplicação da teoria, as obrigações advindas das declarações unilaterais de vontade e dos atos ilícitos, posto que a presente teoria é de aplicação restrita ao campo contratual, tanto é que foi disposta em parte, exclusivamente, contratual do Código Civil¹⁹⁷.

¹⁹⁷ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 174.

Por questão óbvia, as indenizações decorrentes de atos ilícitos não podem ser revisadas ou resolvidas com fundamento na teoria da imprevisibilidade ou onerosidade excessiva. Isto porque o causador do dano age com culpa, na modalidade de negligência, imprudência e imperícia (arts. 186 e 187 do CC brasileiro).

De outro lado, em relação às declarações unilaterais de vontade, à primeira vista, nada obstará a aplicação da teoria da imprevisão para revisá-las ou resolvê-las, quando atingidas por eventos supervenientes e imprevisíveis. Aliás, é nesse sentido a opinião de Nelson Borges, pela “admissibilidade da aplicação da teoria da imprevisão nas declarações unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa”¹⁹⁸. Todavia, a referida teoria é de aplicação exclusiva à esfera contratual e, como se sabe, a manifestação unilateral de vontade não é uma espécie contratual.

O art. 478 do CC traça, simultaneamente, o conceito e os pressupostos da Teoria da Onerosidade Excessiva, quando dispõe que nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação¹⁹⁹.

O âmbito da onerosidade limita-se ao desequilíbrio econômico contratual superveniente, causado por um fato com certa dose de imprevisibilidade. Todas as teorias criadas a partir do prenúncio da modernidade têm em comum a tentativa de harmonizar esses dois aspectos para dar uma satisfatória solução a esse problema, que chega a ter ares de insolubilidade²⁰⁰.

Dito isto, passa-se à análise dos pressupostos de aplicação da Teoria da Imprevisão no direito brasileiro.

4.2 A revisão contratual no direito português e brasileiro

Portugal não trazia um dispositivo sobre o tema no CC de 1867, determinando inclusive que “*os contratos legalmente celebrados devem ser prontamente cumpridos*”

¹⁹⁸ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p.708.

¹⁹⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 5 mai. 2020.

²⁰⁰ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 175.

(...)»²⁰¹. Passou a possibilitar a resolução dos contratos de empreitada ao acrescentar um parágrafo único ao art. 1.401 do CC, através do Decreto 19.126, de 1930.

O atual Código de 1966²⁰², embora consagre o princípio da liberdade contratual no art. 405, o faz com muito menos rigor que o art. 672 do antigo Código Civil Português, conhecido como Código Seabra. Igualmente, mesmo que preveja expressamente o princípio da irretratabilidade dos contratos, presente no art. 702, e o princípio do cumprimento pontual, no art. 406, o Código Civil vigente conta com uma visão mais social do direito e, além de diversas outras mudanças neste sentido, passou a adotar a cláusula *rebus sic stantibus* na subseção “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, em art. 437 a 439.

Conclui-se, assim, que a legislação portuguesa não requer a imprevisibilidade do evento alterador²⁰³, razão pela qual diversos autores entendem que o Código teria adotado a teoria da base do negócio jurídico como fundamento para sua redação.

O Código Civil brasileiro, no art. 317, disciplinou a revisão contratual; voltou ao tema nos arts. 478, 479 e 480 com vistas a tratar primeiro da resolução (478) e novamente da revisão. Em resumo acolheu o princípio revisional em quatro artigos, com base em fatos extraordinários. Apoiou-se na excessiva onerosidade, dos arts. 1.467 a 1.469 do diploma civil italiano, de 1942²⁰⁴.

Castro²⁰⁵ entendeu ser nossa codificação uma das mais infelizes; equivocadamente, ao copiar disposições italianas, elegeu também a excessiva onerosidade, instituto distinto da Teoria da Imprevisão.

As sugestões legislativas de derrogação dos artigos nacionais, cópias pouco alteradas do texto italiano, além de corrigir falhas congênicas de redação do modelo copiado, mantiveram-se dentro das fronteiras da conceituação consagrada pela doutrina revisional. Confronto entre textos – italiano, nacional e derogativo – foram reduzidos a quadros sinóticos para comparação.

²⁰¹ Código Civil Português de 1867, art. 702.

²⁰² Apresentado pelo então Ministro da Justiça, Prof. Antunes Varela, em 10.05.1966.

²⁰³ Nesse sentido, Rodrigues Jr. (2002) e Venosa (2016).

²⁰⁴ BORGES, Nelson. *Revisão contratual*. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p.261.

²⁰⁵ Com propriedade, depois de destacar que apenas o art. 317 seria suficiente, dispensando os outros três, criticou ele: “Ironicamente, no momento em que o direito positivo brasileiro finalmente acolhe a teoria da imprevisão, faz do seu berço sua sepultura. Difícil imaginar quem prefira se submeter ao complicado e imprevisível procedimento do CC, arts. 478-480, ponderado única e exclusivamente pelo arbítrio judicial quando dispõe de um parâmetro objetivo e simples no CC, art. 317” (CASTRO, A.A.P. *Desconstruindo a Teoria da Imprevisão: Parâmetros Democráticos para a Revisão Judicial dos Contratos sob a Análise Econômica do Direito*. 2015. Disponível em: http://dureuti.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/11_02pdf. Acesso em: 9 mai. 2020).

Nos arts. 317, 478, 479 e 480 foram evidenciadas fortes dissonâncias que demandavam reparos. Como principal: inclusão da imprevisibilidade. Nas medidas contratuais protetivas das contratações, desde os primeiros tempos, segurança foi o primeiro postulado de regência, batizado posteriormente como *pacta sunt servanda*, coadjuvada pelo equilíbrio, da *rebus sic stantibus*. O único sentido dos pactos sempre foi o de seu integral cumprimento.

Referente aos pressupostos para a aplicação da Teoria da Imprevisão, além dos pressupostos legais, enumerar-se-á outros pressupostos doutrinários, que são necessários à configuração da teoria da onerosidade excessiva dos contratos. Entre os primeiros têm-se os seguintes: contratos de execução continuada ou diferida; fato superveniente; acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; onerosidade excessiva da prestação de uma das partes; ou discrepante vantagem para a outra parte²⁰⁶.

Por outro lado, além dos pressupostos legais, acima mencionados, a doutrina vem relacionando outros pressupostos, quais sejam: qualidade de parte devedora; inimputabilidade (por culpa) do prejudicado pela alteração das circunstâncias; inexistência de mora do devedor; essencialidade e irreversibilidade²⁰⁷.

De início, cumpre assinalar que a nova teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, nos moldes preceituados pelo vigente Código Civil, trata de um recurso destinado à resolução ou revisão dos contratos sinalagmáticos, onerosos, comutativos e de execução continuada ou diferida, o que, não se discute perante a doutrina e jurisprudência.

Os contratos bilaterais ou sinalagmáticos são aqueles que impõem obrigação a ambas as partes, sendo estas, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra; por sua própria natureza, são onerosos. Por conseguinte, o contrato comutativo é aquele que possui uma equivalência de prestações predeterminadas. Ademais, a comutatividade se relaciona ainda à possibilidade de riscos. Será comutativo “o contrato que, desde sua formação determina certamente qual é a vantagem e a desvantagem para cada uma das partes. São exemplos: a compra e venda, a permuta, a locação, a sociedade”²⁰⁸.

²⁰⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 175.

²⁰⁷ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 175.

²⁰⁸ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria General de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p.149.

Portanto, é indiscutível que a teoria da imprevisão se aplica aos contratos bilaterais, onerosos e comutativos, haja vista que são espécies contratuais que pressupõem prestação e contraprestação da obrigação, a patrimonialidade e a predeterminação dos riscos do contrato, respectivamente, características estas típicas de incidência da teoria da imprevisão. Na verdade, só se pode falar em “desproporção das prestações”, quando se trata de contratos bilaterais; da mesma forma, só se pode falar em “onerosidade” e “vantagem”, em contratos onerosos; e, enfim, só se pode exigir a “álea normal”, nos contratos comutativos²⁰⁹.

É oportuno afirmar que além de bilaterais, onerosos e comutativos, tais contratos devem possuir um razoável lapso temporal entre o momento da celebração e o de sua execução, pois o Código Civil, no art. 478, se refere a “contratos de execução continuada²¹⁰ ou diferida²¹¹”.

Desta feita, são duas situações que se apresentam como essenciais: a sucessividade das prestações ou a dependência do futuro da prestação. Tais situações tornam-se indispensáveis, na medida em que a incidência da teoria apenas poderá se verificar com a ocorrência de fato superveniente e imprevisível, durante o curso do contrato, o que somente ocorre nessas espécies contratuais. Em tópico adiante, será estudado o conceito de fato superveniente imprevisível, que está, intimamente, ligado aos contratos a prazo²¹².

Outro pressuposto exigido para aplicar a teoria da onerosidade excessiva é que o fato seja superveniente extraordinário e imprevisível.

O fato ser superveniente é importante, pois, de acordo com o fato causador do desequilíbrio contratual, se originário ou superveniente, poderá se verificar a aplicação de diversos institutos, conforme cada caso. Por exemplo, tratando-se de fato originário pode-se constatar a hipótese de erro (arts. 138 a 144), lesão (art. 157 e parágrafos), estado de necessidade (art. 156), ou abuso de direito (art. 187), sendo cada um desses institutos tratados por regras próprias.

²⁰⁹ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 177.

²¹⁰ Os contratos de execução continuada ou de trato sucessivo são aqueles que, necessariamente, se prolongam no tempo, sujeitando o devedor-obrigado a um cumprimento que não se esgota em momento inicial ou único, senão que se perdura por um período durante o qual se reiteram as prestações, periodicamente, sendo o exemplo mais comum a locação de coisas ou imóvel.

²¹¹ Em contrapartida, os contratos de execução diferida são aqueles nos quais as exigibilidades das obrigações estão sujeitas a prazo suspensivo ou condição. Por exemplo: em uma compra e venda pode estipular-se o pagamento do preço em um prazo determinado e futuro, ou seja, posterior à celebração do contrato, ao vencimento do qual a obrigação será exigível (KHOURI, 2006).

²¹² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 177.

De outro lado, sendo o fato superveniente, será o caso de se aplicar a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, conforme se trate de contrato consumerista ou civil. A superveniência, portanto, é pressuposto fundamental para aplicação dessas teorias, de maneira que a qualidade de extraordinário e imprevisível será analisada em um segundo momento, tendo em vista que, no último caso, essas condições são dispensáveis²¹³.

Embora não conste, expressamente, no texto legal, a necessidade de fatos supervenientes, não há dúvidas da necessidade desse pressuposto. Então, mister se faz que o fato superveniente seja também extraordinário e imprevisível para as partes contratantes, e que ocorra após a celebração do contrato e antes de sua execução final, nos contratos de execução diferida, ou, durante o cumprimento das prestações, nos contratos de trato sucessivo.

Ocorre que as expressões “fato extraordinário e imprevisível” são de altíssima subjetividade e conceituá-las se afigura como tarefa das mais difíceis e complexas.

Deve-se observar que o fato extraordinário e imprevisível deve ser um acontecimento estranho a ambas as partes, fora das suas realidades normais, porém, que se verificou no contexto comum dos contratantes. Ou seja, não diz respeito à modificação da situação subjetiva da parte contratante, por exemplo, a perda de emprego pelo devedor, ou a doença de um parente seu. Isso porque sendo o acontecimento extraordinário e imprevisível um fato comum às partes, não há razão para que uma delas seja sacrificada ou beneficiada em detrimento da outra; como exemplo tem-se a guerra.

O civilista português José de Oliveira Ascensão, ao discorrer sobre a matéria, afirma que “a imprevisibilidade só pode ser objetiva, pois é independente da análise da situação psíquica das partes, e resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anômalo ou anormal”²¹⁴.

Em outro contexto, Nelson Borges analisou a noção de imprevisibilidade. Segundo ele, análise deve partir do fato certo e provável²¹⁵.

²¹³ Neste sentido, é conveniente destacar que, a teoria da imprevisão (Código Civil, arts. 478 a 480) para ter aplicabilidade e cabimento exige que o fato superveniente seja extraordinário e imprevisível. Preenchidos esses requisitos poderá o contrato ser revisto ou resolvido, conforme o caso. A teoria da onerosidade excessiva (Código do Consumidor, art. 6º, V), por sua vez, exige apenas o fato superveniente, sendo irrelevante as qualidades exigidas pela primeira.

²¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. Revista CEJ do CJP. Brasília, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004, p.63.

²¹⁵ Se a previsibilidade decorre da identificação de um fato certo e provável, o fato incerto e improvável só poderá ser considerado imprevisível. Ademais, a relatividade da previsibilidade ou imprevisibilidade do evento pode estar relacionada ainda a situação ou condição de cada parte contratante. Dessa forma, um acontecimento pode ser imprevisível em relação ao conhecimento comum, em nível de informação, ao grau de instrução, a capacidade de discernimento do homem médio. Mas também, pode ser previsível de

O fato é que foram inúmeras as tentativas da doutrina de se identificar a noção de fato extraordinário e imprevisível, constituindo-se todas como ideias meramente relativas, na medida em que dependem da análise singular de cada caso concreto aliado a diversas outras situações, as quais precisam resultar na desproporção econômica das prestações²¹⁶.

Conclui-se que o fato imprevisível é aquele anormal perante as situações reais, tendo em vista os acontecimentos normais do cotidiano. Além disso, em regra, o fato deve ser desconhecido e inexistente à época da celebração do contrato, para ensejar a aplicação irrestrita da norma do art. 478 do CC. No entanto, caso o fato já existisse quando o contrato foi celebrado, mas não influenciou a efetivação do vínculo contratual, nada obsta a aplicação da teoria se, posteriormente, tal fato se mostrar capaz de alterar o equilíbrio da economia contratual.

Aliás, esta foi a conclusão a que chegou o Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, pelo Enunciado 175: “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz”²¹⁷.

Por fim, um evento imprevisível pode ser identificado pelo seu caráter anormal, surpreendente e inesperado, e também, pela raridade com que se verifica no mundo cotidiano, podendo se referir, inclusive, a fatos que já existiam, à época da celebração do contrato, porém, que só vem a produzir seus drásticos efeitos em momento posterior. Ademais, o fato superveniente extraordinário e imprevisível deve ser, ainda, o agente causador direto do desequilíbrio econômico das prestações, especialmente, da onerosidade excessiva do contrato por parte do devedor.

De fato, a simples ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, ainda que, com alteração das circunstâncias contratuais, não bastam para a configuração e aplicação da teoria da onerosidade excessiva. É indispensável que, aliado

acordo com o conhecimento especializado, a experiência, a informação privilegiada ou qualquer outro motivo, correlacionado ao fato, que lhe dê condições de prever a alteração das circunstâncias que outro contratante pode encarar como imprevisível. E, neste caso, a efetiva previsibilidade destrói a imprevisibilidade (BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p.307.

²¹⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 179.)

²¹⁷ Convém informar que o mesmo Conselho da Justiça Federal, anteriormente, na I Jornada de Direito Civil, já havia conferido a mesma interpretação à expressão “motivos imprevisíveis”, constante do art. 317 do Código Civil, ao formular o Enunciado n. 17: “a interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’ constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

a isso, sejam provocadas consequências drásticas no contrato, o que se constata, principalmente, pelo desequilíbrio e/ou desproporção econômica das prestações, que deverá ser demonstrado pela onerosidade excessiva da prestação a ser cumprida por uma das partes e pela vantagem extrema da contraparte.

A onerosidade excessiva da prestação constitui-se numa dificuldade extrema de cumprimento da prestação por parte do devedor, a qual não se confunde com a impossibilidade de seu cumprimento, não sendo necessário que o evento imprevisível ocasione a impossibilidade ou desaparecimento da prestação, que é característica do caso fortuito ou de força maior²¹⁸.

Outro aspecto da onerosidade excessiva diz respeito à sua efetividade e operabilidade. Trata-se da difícil tarefa de mensurar, numericamente, o que seria a onerosidade excessiva, contudo. José de Oliveira Ascensão, ao tratar desse assunto, assegurou que “não basta qualquer acréscimo de onerosidade, deve esta ser “manifesta”, tendo em vista que vigoram, ainda, os princípios da segurança e da certeza e, como tais, não se pode admitir que todos os negócios possam ser revistos, ao sabor das alterações da realidade subjacente”²¹⁹.

Entretanto, a ausência de um parâmetro legal confere ao magistrado o arbítrio de decidir quando e em quanto a onerosidade excessiva está presente no caso concreto.

O Código Civil, em seu art. 478, exigiu como pressuposto, a onerosidade excessiva da prestação do devedor e a vantagem extrema do credor. Muito se discute acerca desse pressuposto, especialmente quanto a sua verificação ou não, para se configurar a possibilidade de revisão ou resolução do contrato.

Othon Sidou²²⁰, em sentido contrário, assegurou que o enriquecimento sem justa causa ou vantagem extrema do credor não é indispensável para que a teoria da onerosidade excessiva reste confirmada, por dois motivos: primeiro, porque a excessiva onerosidade para uma das partes nem sempre resulta em excepcional vantagem para a outra; e segundo, porque a excessiva onerosidade não se relaciona, necessariamente, com a vantagem extrema.

²¹⁸ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 181.

²¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ do CJF*. Brasília, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004, p.65.

²²⁰ SIDOU, J. M. Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente. In: NOGUEIRA, Adalicio (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.74.

De fato, a inserção da exigência da vantagem extrema do credor como pressuposto, além limitar demasiadamente a aplicação da teoria, apresenta outro problema que diz respeito ao ônus probatório, que recairá sobre o devedor. Na mesma esteira, tem-se a lição de Antonio Celso Fonseca Pugliese ²²¹.

Observa-se que o Legislador Civil de 2002, ao adotar a teoria da imprevisão, exigiu que se demonstrasse, quando da sua aplicação, além da onerosidade excessiva da prestação, também o enriquecimento ou a vantagem auferida pelo credor.

Teoricamente, a exigência deste pressuposto parece, à primeira vista, indispensável; porém, diante da nova ordem contratual, que impôs ao contrato o cumprimento de uma função social, a vedação do desequilíbrio econômico das partes e da desproporção das prestações, sobrevindo a excessiva onerosidade do contrato, é suficiente que o devedor a demonstre para que o Poder Judiciário possa intervir e corrigir esta patologia.

Enfim, o fato superveniente extraordinário e imprevisível pode atingir o contrato celebrado, causando-lhe as seguintes situações: a) apenas a onerosidade excessiva da prestação do devedor; b) a onerosidade excessiva do contrato e, ao mesmo tempo, a vantagem em demasia do credor; e c) apenas vantagem extrema do credor. É evidente que todas essas situações merecem a tutela do Poder Judiciário, tendo em vista que vão de encontro a nova ordem contratual e, conseqüentemente, contra o princípio da função social do contrato. No entanto, cada uma delas merece tratamento individualizado²²².

Nos dois primeiros casos, não resta dúvida de que é possível que a teoria da onerosidade excessiva seja aplicada independentemente de haver ou não de vantagem extrema para o credor, pois tais fatos já bastam para provocar a desproporção contratual. Mas, ocorrência apenas de vantagem extrema do credor o contrato também não deixará de ser tutelado pelo Poder Judiciário, porém, neste caso, cabe ao credor socorrer-se ao instituto do enriquecimento sem causa, previsto nos arts. 884 a 886 do Código Civil.

Entende-se, portanto, demasiadamente exagerada a exigência do pressuposto da “vantagem extrema do credor”, uma vez que limita a aplicação da teoria da

²²¹ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 830, n. 93, p. 11-26, dez./2004, p.15-16.

²²² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 182.

onerosidade excessiva, impedindo a atuação do seu foco protetivo, que visa tutelar a parte contratante sujeita à ruína patrimonial, caso seja obrigada a cumprir o contrato que se tornou excessivamente oneroso, em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível.

Pela análise do art. 478 do CC, depreende-se que a teoria da onerosidade excessiva é um recurso destinado, exclusivamente, ao devedor. O dispositivo legal exclui, totalmente, a possibilidade de o credor solicitar a resolução ou revisão do contrato, por motivos supervenientes e imprevisíveis. Os principais defensores desta tese a fundamentam no fato de que os credores não estão obrigados a realizar uma contraprestação, daí porque não teriam qualquer prejuízo.

Contrariamente, Nelson Borges²²³ e Othon Sidou²²⁴ tecem severas críticas ao dispositivo legal, amparado, precipuamente, no Código Civil português que assim menciona no art. 437: “tem a parte lesada direito à resolução do contrato”.

Ocorre que o Código Civil não deixou em desamparo o credor, na medida em que este pode se valer de outros recursos na tentativa de evitar quaisquer prejuízos. Um desses recursos seria a própria cláusula geral da função social do contrato, constante do art. 421 que assegura, tanto ao credor como ao devedor, trocas justas e úteis, evitando-se, assim, a onerosidade excessiva da prestação ou o aviltamento e depreciação exagerada do seu crédito. Neste contexto, o Conselho da Justiça Federal, em estudos promovidos na I Jornada de Direito Civil, pelo Enunciado 22, se posicionou neste sentido.

Contudo, o próprio Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil no Enunciado 166, deixou bem claro que qualquer fato distinto da impossibilidade da prestação ou da excessiva onerosidade, que incida sobre o contrato, capaz de levá-lo à frustração tem a proteção do art. 421, podendo, assim, socorrer o credor nas hipóteses de aviltamento ou depreciação do seu crédito. Em último caso, verifica-se, ainda, que o credor em vias de ser lesado pode se socorrer do instituto do enriquecimento sem justa causa, previsto nos arts. 884 a 886 do Código Civil.

Portanto, percebe-se que a regra do art. 478 do CC/02 foi destinada ao devedor-obrigado, que sofre as consequências da excessiva onerosidade do contrato, em

²²³ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p.680.

²²⁴ SIDOU, J. M. Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente. In: NOGUEIRA, Adalicio (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.576.

caso da ocorrência de acontecimento superveniente e imprevisível, o que não significa tratar de forma desigual as partes contratantes, pois o credor, diante da sistemática do atual Código Civil, não ficou carente de proteção.

Como se viu para que seja aplicada a Teoria da Onerosidade Excessiva é imprescindível que o contrato seja de execução continuada ou diferida, que o acontecimento extraordinário seja imprevisível, que haja, simultaneamente, de a excessiva onerosidade por um lado e por outro, a extrema vantagem, ainda assim, será necessário, àquele que tenha que cumprir a obrigação, que não esteja em estado moratório, ou seja, a sua obrigação não pode ter atingido ou ultrapassado a data de cumprimento²²⁵.

A doutrina tem afirmado, de forma majoritária, que à parte devedora que esteja em mora não é permitido invocar a revisão do contrato, frente à mudança nas circunstâncias por motivos imprevisíveis, pelas mesmas razões apontadas para o devedor que deu causa, com culpa, para que esses fatos ocorressem.

No entanto, com o passar dos tempos, esse pressuposto sofreu certa atenuação, na medida em que se mostrou, profundamente, injusto. E, certamente, não poderia prevalecer uma vez que o simples fato da mora não pode elidir as consequências drásticas provocadas pela alteração das circunstâncias.

Neste diapasão, José de Oliveira Ascensão sustenta ser necessário distinguir “as hipóteses em que a mora é causal para que a relação fique desequilibrada em consequência da alteração das circunstâncias e as restantes”²²⁶. Ou seja, “a parte pode prevalecer-se da alteração das circunstâncias que teria sobrevindo de qualquer modo e atuado sobre o contrato, houvesse ou não mora”. O jurista português dá um exemplo esclarecedor ²²⁷.

Concluindo, em regra, tem-se que o devedor em mora somente poderia se beneficiar da teoria da onerosidade excessiva se demonstrasse que o acontecimento

²²⁵ Ibidem, p.681.

²²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. Revista CEJ do CJF. Brasília, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004, p.66.

²²⁷ Imagine-se uma empresa que se obrigue a reparar um navio e atrasa-se seis meses em relação ao prazo a que se comprometera, contratualmente. Durante este período, desencadeia-se uma guerra que atinge o país de origem das matérias-primas necessárias, o que leva estas a cotações exorbitantes. Evidentemente, nesse caso, não poderá a empresa de navios se valer da teoria da imprevisão. Por outro lado, imagine-se uma dívida, cujo pagamento deve ser efetuado em cem parcelas. Na décima parcela, o devedor deixa de pagá-la na data apazada, faltando ainda, noventa parcelas para o término da obrigação. É evidente que, nesse caso, a alteração anormal adviria de qualquer forma, de modo que, é justo que o contrato seja revisado ou resolvido, para se atingir, novamente, o equilíbrio das prestações (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. Revista CEJ do CJF. Brasília, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004, p.66.)

superveniente e imprevisível foi anterior à ocorrência da mora, que ocorreu em virtude da alteração anormal. Contudo, se o acontecimento imprevisível ocorrer depois da mora e não possuir qualquer relação com ela, será possível se valer da teoria, pois a superveniência da mora não teria a faculdade de operar a decadência do direito da parte de requerer a revisão ou a resolução contratual.

Referente ao pressuposto da inimputabilidade, este encontra-se implícito na teoria da onerosidade excessiva, e, por isso, dispensa maiores comentários. Implícito, porque não há nas legislações nada acerca da exigência expressa da inimputabilidade, tendo em vista que sua observância é tão lógica que dispensa sua positivação.

Trata-se de uma evidência, de que o acontecimento extraordinário causador do dano iminente não pode ter sido provocado por quem invoca a aplicação da excessiva onerosidade, isso porque, considerando a teoria como um benefício ao devedor, parece lógico que a ninguém é lícito alegar a própria torpeza, e ainda com ela auferir vantagens (*turpitudinem suam allegans non est audiendus*).

Embora seja coerente a opinião do jurista, é preciso ter cautela no rigorismo das exigências. Evidentemente, podendo evitá-las, o devedor deve agir para impedi-las, porém, é preciso levar em consideração o grau dessa inevitabilidade e as circunstâncias do caso concreto.

4.3 Aplicação da tese do adimplemento substancial aos financiamento imobiliário

Sabe-se que o CC de 2002 acolheu a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, tanto que Azevedo²²⁸, em palestra no seminário realizado pela Câmara Federal dos Deputados, em quatro de junho de 2002, acerca do novo CC, alertou sobre a necessidade de se fazer revisão no teor no art. 478 do CC a fim de eliminar o termo “imprevisíveis”.

A justificativa do autor era a de que, na sua visão, basta que ocorra o desequilíbrio econômico do contrato para justificar a modificação ou resolução do contrato fundado na onerosidade excessiva.

Quando o caso apresentar acontecimento que dificulte o cumprimento da execução da obrigação, capaz de mudar a possibilidade de continuidade do cumprimento

²²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.22.

das prestações poderá ser aplicada a onerosidade excessiva. O fato, portanto, não poderá estar adstrito à álea normal do negócio jurídico concretizado.

Para Azevedo²²⁹ que se funda na posição justinianéia, a onerosidade excessiva precisa ser aplicada apenas com a verificação da insuportabilidade da execução contratual, a fim de evitar a lesão.

Do teor do art. 478, deflui-se que o contrato nasce equilibrado, por isso deve-se aplicar a teoria da imprevisão. Porém, havendo desequilíbrio tendo sido ou não previsto, após o nascimento do contrato, em qualquer época futura, aplica-se por analogia o teor do art. 480 que traz a posição justinianéia. Então, pouco importa que a ocorrência do desequilíbrio não tenha sido prevista, o que deve se evitar é a lesão, fazendo valer o entendimento mais seguro e objetivo do direito romano²³⁰.

Decerto que, havendo a onerosidade excessiva, poderá a parte que ficou prejudicada requerer a revisão judicial do contrato. Nesse passo, encontra-se a efetivação da autonomia da vontade como instrumento norteador do equilíbrio contratual, em que pese o teor do art. 480 determinar a resolução.

Para Zanetti²³¹, a onerosidade excessiva se apresenta de maneira direta e indireta. Na direta, a onerosidade é evidenciada quando existe um evento que provoque a onerosidade excessiva para o contratante, fornecedor da coisa. Na última, a onerosidade excessiva ocorre quando existir desproporção no valor da prestação, devido ao aviltamento do preço base do negócio, ou seja, quando por alguma situação, os valores de custo daquele que fornece reduzirem sem que tal redução seja repassada àquele que deve pagar o valor.

Para o mesmo autor, quando houver qualquer desproporção e desde que leve ao desequilíbrio, as partes terão duas opções à disposição: 1) a primeira é o pedido de resolução fundado no art. 478; e 2) a segunda, a revisão judicial do contrato fundado no art. 317²³². Isto porque o foco central é o equilíbrio contratual, fundado na função social, a fim de não frustrar a finalidade contratual²³³.

²²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.38-41.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.211.

²³² *Ibidem*, p.222.

²³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1, p.32.

Azevedo²³⁴ tece críticas quanto à utilização dos termos imprevisibilidade e extraordinário, enfatizando que um leva ao outro. Esclarece também que há diferença entre lesão e onerosidade excessiva. Aquela trata da igualdade substancial das prestações entre os contratantes, ao passo que esta trata da preservação da relação entre a prestação e contraprestação estabelecida entre as partes e que pode mudar devido fatos que cause desproporção²³⁵.

A manutenção do contrato, ao invés da sua resolução, fundado no princípio da conservação do negócio jurídico preserva a vontade contratual da partes. Assim, perece ser mais acertada a adequação do contrato à nova realidade, após a ocorrência de fato que motive a intervenção judicial fundada na onerosidade excessiva.

No tocante ao princípio da preservação do negócio jurídico, especificamente o contrato, entende-se que não deve haver resolução do contrato, quando presente o adimplemento substancial. Com isto estará se preservando o contrato, e a aplicação da proporcionalidade.

O adimplemento substancial foi previsto inicialmente pela Convenção de Viena de 1980 quando esta regulou o comércio internacional. No Brasil decorre da boa-fé objetiva (STJ, 4ª Turma, Resp 272.739-MG. 01-03-2001, DJ 02-04-2001²³⁶).

Neste caso, o poder hermenêutico do juiz poderá permear as cláusulas gerais e as definições legais indeterminadas para identificar e definir a função social, a boa-fé objetiva além de definir e verificar o alcance da onerosidade. Deverá ainda, em respeito à manutenção da relação contratual, observar, e se for o caso, determinar a adequação das prestações, ao invés da resolução. Isto se dará após a análise conjugada dos artigos 317, 478, 479 e 480.

Apesar da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial já ser aplicada em Portugal, havendo na legislação, previsão expressa, no Brasil, referente à aplicação da teoria em contratos de alienação fiduciária tem-se que a jurisprudência se mostra pacífica em se tratando da aplicação em casos *sub judices*, restando ao credor fiduciário recorrer a outros meios para ver satisfeito seu crédito.

Mais recentemente, sobre a alienação fiduciária no mercado de capitais, especificamente sobre a venda de automóveis, o STJ, no REsp 1622555-MG, entendeu

²³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.40-42.

²³⁵ ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.226.

²³⁶ BUSSATTA, Luiz Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.162.

que a teoria do adimplemento substancial não seria cabível em contratos de alienação fiduciária, considerando ser possível a ação de busca e apreensão de veículo, mesmo na hipótese de inadimplemento de um reduzido número de parcelas.

Este tribunal entendeu que, a adoção da teoria do adimplemento substancial poderia incentivar o inadimplemento, podendo, inclusive levar ao aumento dos juros por parte das instituições financeiras em razão do enfraquecimento da garantia ²³⁷.

Nosso entendimento é que estes argumentos não podem prosperar especialmente em se tratando de alienação fiduciária de bens imóveis. Entende-se que a omissão legal referente ao número de parcelas não deve ser interpretada contra o devedor, posto que a boa-fé objetiva é um princípio que sustenta toda a legislação cível brasileira, além de conformar-se à Constituição Federal.

Ademais, na maior parte dos contratos de alienação fiduciária fica configurada uma relação de consumo. Nesse sentido, a decisão do STJ contraria o art. 47 do CDC que dispõe que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas da forma mais favorável ao consumidor e não haveria nenhum incentivo ao inadimplemento, já que a dívida não seria perdoada, apenas seria impedido o uso da busca e apreensão por ser esta uma medida desproporcional quando a dívida que resta é de pequena monta.

²³⁷ [...] 4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas, mas, certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada. 4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial. 5. Recurso Especial provido (REsp 1622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017.)

CONCLUSÃO

O contrato se constitui em instrumento de circulação de riqueza, sendo o mais importante veículo de trocas do contexto social. Ao longo da evolução da sociedade este instituto sofreu várias transformações, que serviram para confirmar seu papel crucial no desenvolvimento social.

Reconhecendo que o direito tem um inegável caráter histórico do qual o pesquisador não se pode descuidar, apresentou-se na pesquisa a evolução da Teoria Contratual no Brasil e no Direito Comparado, verificando-se uma alteração do paradigma patrimonialista e individualista para humanização e funcionalização do direito como um todo.

De acordo com a Teoria Clássica dos Contratos, o contrato não podia ter o seu conteúdo alterado ao longo de sua execução, haja vista que não existia previsão de um mecanismo efetivo de revisão contratual. O contrato baseado apenas na vontade das partes tornava-se lei entre as partes e o contratado devia ser cumprido, tratava-se de manifestação do princípio *pacta sunt servanda*. No entanto, este modelo gerou muitas ruínas e o Dirigismo Contratual, expressão nascida no período entre guerras, foi a resposta do Estado a todas as injustiças criadas pela aplicação desmedida da autonomia da vontade. Neste diapasão, parte da doutrina chegou até a mencionar a “crise do contrato”.

De fato, a pós-modernidade trouxe a mudança de paradigmas, mas o instituto da revisão contratual ainda encontra resistência em assimilar as significantes alterações. Isso é notório ao se verificar a redação dos dispositivos do Código Civil que previram a resolução contratual por onerosidade excessiva. O diploma civil apenas se refere à revisão contratual de modo subsidiário, colocando a resolução como primeira opção, demonstrando que os artigos estão claramente desatualizados e em desacordo com a principiologia contratual contemporânea, que defende a conservação dos contratos para perseguir a função social.

A preocupação com os efeitos sociais do contrato é uma realidade, tem-se os princípios atualmente vigentes da boa-fé objetiva, do equilíbrio das prestações, da justiça social, da função dos contratos, todos eles corroboram para noção de conservação dos contratos e com a revisão.

Ao abordar a revisão contratual sob o prisma do Direito Contemporâneo, concluiu-se que a teoria da onerosidade excessiva tem aplicação restrita no Direito

Comum, na medida em que seus pressupostos são rígidos e de difícil configuração, o que ensejaria alternativa ou causa diversa para se configurar uma revisão contratual.

É notório que as noções de contrato e de obrigatoriedade são indissociáveis, sendo instrumentos que ancoram a segurança das relações jurídicas e visam a pacificação social. Porém, não se pode ignorar que uma relação jurídica contratual, a princípio paritária, possa se tornar desigual sem necessariamente ser caracterizada de excessiva onerosidade.

Reconheceu-se que a cláusula *rebus sic stantibus* vem revigorando-se através da nomenclatura europeia moderna da alteração das circunstâncias, pela qual em cada contrato haveria uma cláusula implícita que presumiria o cumprimento do contrato em caso de as coisas permanecerem como no tempo da avença. Este raciocínio é compatível com a revisão por quebra da confiança informada pelo princípio da boa-fé objetiva.

Nesta pesquisa, propõe-se a inserção, no Direito Contratual Brasileiro, da utilização da Teoria do Dever de Renegociar, fundada no solidarismo e na boa-fé objetiva. Entende-se a cláusula de renegociação como um desdobramento do dever de cooperação que há em todas as relações contratuais.

Acredita-se que a cláusula de renegociação poderia ser uma alternativa à regra legal que previu a resolução como primeira solução, sendo plenamente possível a inserção desta nos contratos privados civis, pelos seguintes motivos: em primeiro lugar, seria legítimo, haja vista que o contrato é fruto da autonomia privada das partes, o que significa sem dúvida, a liberdade de avençar que, em caso de desequilíbrio contratual necessário se faz uma “roda de renegociação”, antes de provocar o Judiciário; em segundo lugar, a renegociação ensejaria uma economia processual; em terceiro lugar, as partes poderiam eleger a mediação como forma de resolução do conflito nesta fase da renegociação. Por fim, nada impediria, em caso de não existir acordo, que as partes procurem o Judiciário para resolver o conflito.

Também se considerou a hipótese de que de acordo com a nova hermenêutica constitucional, todos os contratos trariam implicitamente a obrigação de renegociação, informada pelo princípio da confiança e boa-fé objetiva, que impõe às partes o dever de cooperação, como forma de dever anexo.

Também entende-se ser possível revisar o contrato a partir dos princípios e valores fundamentais expostos na Constituição da República, por meio da aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

Esta aplicação se materializaria por meio das cláusulas abertas da boa-fé e função social, disponíveis ao aplicador de direito verificada no caso concreto, interpretando o Direito civil de forma sistemática e teleológica. Caso o contrato se torne desequilibrado em sua execução, seria analisado o chamado sujeito concreto, avaliando as causas específicas que levaram o contrato à difícil continuação.

Referente ao contrato de alienação fiduciária, a ocorrência da onerosidade excessiva nestes contratos afeta diretamente a segurança da relação contratual pautada na confiança. Essa confiança deve ser preservada por conta da manutenção do equilíbrio contratual, a fim de evitar lesão, com espeque na garantia da dignidade dos contratantes.

Foi visto que a aplicação da teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária de bens imóveis é prevista expressamente em Portugal, embora no Brasil, sua aplicação seja controversa. Recentemente, o STJ entendeu pela inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária e embora não se tratasse de um bem imóvel, passou-se a considerar que o mesmo raciocínio deveria ser aplicado aos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis.

Nosso entendimento é de que a teoria do adimplemento substancial deve ser aplicada aos contratos de alienação fiduciária e isto não implica, de forma alguma, em incentivo ao inadimplemento das parcelas finais do contrato, tendo em vista que não há perdão da dívida, mas, sim a proibição de uma medida desproporcional e que pode trazer sérios prejuízos ao devedor, atentando contra sua dignidade e de seus familiares ao retirar-lhe o teto sob o qual está abrigado juntamente com seus entes queridos. E o pior: tudo isto após passar muitos anos de sua vida pagando as parcelas acordadas e tendo quitado a grande maioria delas.

Do exposto verificou-se ser aplicável a teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, tendo em vista a função social da propriedade e desde que estejam presentes os requisitos para que esta teoria seja aplicada, sendo esta uma forma de restringir a discricionariedade do credor quando houver um ínfimo inadimplemento por parte do devedor.

Ademais, entende-se que é importante estabelecer critérios para reduzir o risco de inadimplência bem como critérios para o banco fornecer crédito. Sugere-se como critérios para a aplicação da teoria do adimplemento substancial em financiamento de imóveis: i. o imóvel em discussão ser o único que o grupo familiar possui (o grupo familiar, não a pessoa que questiona); ii. Comprovação de que houve queda da renda do grupo familiar, a ponto de afetar o adimplemento das prestações; e iii. o imóvel e a família se enquadrarem, no máximo, na Faixa 2 do MCMV (rendas de até 4.000,00 e imóvel de R\$ 240.000,00).

Entende-se pela necessidade de diálogo hermenêutico que levará ao resgate da confiança que é responsável pelo vínculo do negócio jurídico. Por sua vez, o vínculo deve ser entabulado e respeitado como forma de fomento do negócio jurídico refletindo no meio social cuja finalidade central é fornecer a máxima efetividade do princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria General de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ do CJF*. Brasília, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004, p.63.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, S; ANDRADE, L.A.G. *Habitação e Poder: da Fundação Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BIERWAGEN, M.Y. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOLAFFI, Gabriel. Para uma nova política habitacional e urbana: possibilidades econômicas, alternativas operacionais e limites políticos. In: VALLADARES, Licia do Prado. *Habitação em questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 167.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BONDUKI, Nabil. *Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria*. 4. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

BONDUKI, Nabil. Do projeto Moradia ao programa Minha Casa, Minha Vida. *Teoria e Debate*, n. 82, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

BONDUKI, Nabil. Avanços, limitações e desafios da política habitacional do governo Lula: direito à habitação em oposição ao direito à cidade. In: *Direito à moradia adequada: e que é, pra quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 295.

BONIZZATO, Luigi. *Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Nelson. *Revisão contratual*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm, O novo direito das obrigações na Alemanha, *Revista de Direito da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 27, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora. Coimbra 2014. v.1.

CARDOSO, Adauto; ARAGÃO, Thêmis Amorin. Do fim do BNH ao Programa Minha Casa Minha Vida: 25 anos da política habitacional no Brasil. In: CARDOSO, Adauto; ARAGÃO, Thêmis Amorin. *O programa Minha Casa Minha Vida e seus efeitos territoriais*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013, p. 44.

CARVALHO, Jorge Morais. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Restrições aos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária de imóveis*. Securitização de Créditos Imobiliários, Propriedade imobiliária — função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CASTRO, A.A.P. Desconstruindo a Teoria da Imprevisão: Parâmetros Democráticos para a Revisão Judicial dos Contratos sob a Análise Econômica do Direito. 2015. [Consult. 09.05.2020]. Disponível em: http://dureuti.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/11_02pdf.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. *Adimplemento Substancial*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPANHIA DE HABITAÇÃO DE LONDRINA – COHAB-LD. *Plano Local de Habitação de Interesse Social – PLHIS*. Londrina, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, Eros B.M. *Da Revisão dos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.3.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISAQUI, Daniel Dela Coleta. *Revisão Judicial dos Contratos*. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FORSTER, Nestor José. *Alienação fiduciária em garantia*. Porto Alegre: Sulina, 1976.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4, t. I.

GOMES, Orlando. *Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações: parte geral*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v.5.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *A Revisão Judicial dos Contratos no Novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei 8.666/93: A Onerosidade Excessiva Superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006

KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo, *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, v.2, p. 286-300.

LEAL, Luciana de Oliveira. *A onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MAIRINK, Carlos Henrique Passos. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito obrigatório para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Empresarial. Orientador: Professor Doutor Salomão de Araújo Cateb. Nova Lima, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima. *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76-77.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília: Ministério da Justiça, DPDC/SDE, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, t. II.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Coleção Professor Agostinho Alvim).

MATIAS, João Luís Nogueira. Da cláusula *pacta sunt servant* à função social do contrato: o contrato no Brasil. In: *O sistema contratual romano: de Roma ao direito atual*. Coord: Prof. Doutor Jorge Miranda, Coimbra: Coimbra Editora. Edição especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 485-505.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEZZARI, Mário Pazutti. *Alienação fiduciária da Lei 9.514/1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos fundamentais*. 7. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, t. IV.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva constitucional*. 2. ed. Curitiba. Juruá. 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3 ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Max Limonad, 2013.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 830, n. 93, p. 11-26, dez./2004.

REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo poder judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal De Justiça do Rio Grande Do Sul – TJRS. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, jun. 2014.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Alienação fiduciária e o fim da prisão civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

SAAD, Renan Miguel. *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, a. 1, v. 1, abr./jun. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, jan./jun. 2007. [consult. 03..03.2020]. Disponível em: http://www.escolasuperiorde_direito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./dez. 2008, p.13.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos Contratos com Base no Superendividamento*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, out/dez 2007.

SIDOU, J.M. Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente. In: NOGUEIRA, Adalicio (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, José. Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Roberto Carlos Evêncio de Oliveira; MARINHO, Gerson Amaury; SANTOS, Daniel Ferreira dos; BUENO, Priscilla Veiga. As transformações do mercado imobiliário brasileiro nos anos 2000 – uma análise do ponto de vista legal e econômico. *Revista da Ciência da Administração*, v.6, Ago.-Dez. 2012.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia: Lei 9.514/ 1997*, primeiras linhas. Porto Alegre: SAFE, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2007. v.2.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2016. v.2.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *A Revisão Judicial dos Contratos sob a Ótica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo Malheiros, 2016.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOCUMENTOS LEGISLATIVOS

BRASIL. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, 1997 [consult. 19.03.2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. [consult. 05.05.2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. *Lei n. 11.977, de 7 de Julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. [consult. 06.04.2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Editora do Senado, 2015.

PORTUGAL. *Lei de Defesa do Consumidor* [em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2018 [Consult. 15.08.2020]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis.

PORTUGAL. Decreto-Lei 446/85 [em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2018 [Consult. 15.08.2020]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis.