



Escola da Magistratura do Distrito Federal

GRAZIELE MENDES PEREIRA LOPES DA SILVA

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada à Banca examinadora da Escola da Magistratura do Distrito Federal – ESMA/DF e Instituto Processus como exigência parcial para obtenção do grau de pós graduação em Direito sob a orientação do Professor Stênio.

Brasília

2014

GRAZIELE MENDES PEREIRA LOPES DA SILVA

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada à Banca examinadora da Escola da Magistratura do Distrito Federal – ESMA/DF e Instituto Processus como exigência parcial para obtenção do grau de pós graduação em Direito sob a orientação do Professor Stênio.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.

Integrante: Prof. Dr.

Integrante: Prof. Dr.

Dedico o presente trabalho à minha família e de um modo muito especial ao meu grande amor, Tiago.

Agradeço a todos que acreditaram em mim para conquistar mais essa vitória. Um agradecimento especial à você Tiago, sem você nada disso seria possível.

O homem que causa dano a outrem não prejudica somente a este, mas à ordem social; a reparação para o ofendido não adapta o culpado à vida social, nem lhe corrige o defeito de adaptação. O que faz é consolar o prejudicado, com a prestação do equivalente, ou, o que é mais preciso e exato, com a expectativa jurídica de reparação.

Pontes de Miranda

RESUMO

SILVA, Grazielle Mendes Pereira Lopes da. *A teoria do adimplemento substancial*. 2014. Nº de folhas f. Trabalho de conclusão de curso – pós graduação - Faculdade de Direito, Escola da Magistratura do Distrito Federal e Instituto Processus, Brasília, 2014.

O contrato é a espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, instrumento, por excelência, de formalização da autonomia dos interesses privados, especialmente para circulação de riquezas. Dada sua relevância para sociedade, diversos institutos foram criados para preservar sua existência e a predominância dos negócios avançados, que se traduz na necessidade de que os pactos sejam cumpridos pelas partes, máxima do brocardo latino *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, segundo disposição expressa do Código Civil brasileiro de 2002, o descumprimento da obrigação contratual gera para o credor o direito de exigir a extinção (ou resolução) do contrato e o pagamento de perdas e danos pelo devedor. Entretanto, quando o não pagamento (ou inadimplemento) da prestação se dá em pequena quantidade frente ao total efetivamente cumprido (ou adimplido) da obrigação, a doutrina e jurisprudência brasileiras têm relativizado o direito de o credor resolver o contrato pela aplicação da teoria do adimplemento substancial. Segundo essa teoria, o credor não tem o direito de exigir a resolução do contrato quando a atividade do devedor, embora imperfeita ou não tendo atingido plenamente o fim proposto, aproxima-se consideravelmente de seu resultado, caracterizando um inadimplemento de pequeno valor frente à substancialidade do montante efetivamente adimplido. É o que ocorre, por exemplo, quando o devedor deixa de pagar, em uma prestação em cento e oitenta parcelas, apenas a última delas – as cento e setenta e nove parcelas já quitadas consubstanciam um adimplemento substancial, em que o credor já obteve o proveito econômico esperado, impedindo-se o direito resolutório, sem prejuízo de se cobrar a parcela não executada com as devidas correções, bem como a indenização por perdas e danos. Embora não haja previsão legal da teoria do adimplemento substancial, originária do direito saxão do século XVIII sob o nome *substantial performance*, sua adoção pelo Direito brasileiro baseia-se na aplicação dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, consolidando-se gradativamente na doutrina e em diversos julgados dos Tribunais brasileiros.

Palavras-chave. Contrato. Negócio jurídico. Autonomia de vontade. *Pacta sunt servanda*. Força obrigatória dos contratos. Adimplemento. Inadimplemento. Resolução contratual. Perdas e danos. Adimplemento substancial. Inadimplemento inexpressivo. *Substantial performance*. Teoria do adimplemento substancial. Função social do contrato. Boa-fé objetiva contratual. Doutrina e jurisprudência brasileiras.

ABSTRACT

SILVA, Grazielle Mendes Pereira Lopes da. **Theory of substantial performance in Brazilian Law**. 2014. 47 sheets. Monography in Law – Escola da Magistratura do Distrito Federal e Instituto Processus, Distrito Federal, 2014.

The contract is the most important and socially disseminated species of legal business, instrument to formalize the autonomy of private interests, especially for circulation of wealth. Because of its relevance to society, many institutes were created to preserve its existence and the prevalence of agreements, which translates into the need for fulfillment of pacts by the parties, expressed by the Latin maxim *pacta sunt servanda*. In this sense, according to an express provision of the Brazilian Civil Code of 2002, the breach of a contractual obligation generates to the creditor the right to require the termination of the contract and the payment of damages by the debtor. However, when the non-payment of the prestation occurs in small amount compared to the total actually met of the obligation, the Brazilian doctrine and jurisprudence have relativized the creditor right to terminate the contract by applying the theory of substantial performance. According to this theory, the creditor has not have the right to require the termination of the contract when the activity of the debtor, though imperfect or not fully reaching the end proposed, approaches considerably from its outcome, featuring a small non-payment value against the substantiality of the amount actually paid. This happens, for example, when the debtor fails to pay, in a prestation with one hundred and eighty installments, only the last one – the one hundred seventy-nine installments already settled constitute a substantial performance, in which the creditor has already obtained expected economic advantage, preventing the right of terminating the contract, without prejudice to claim the portion not executed with the necessary corrections, as well as compensation for damages. Although there is no legal provision of theory of substantial performance, originating from the Saxon Law in the eighteenth century under the name of *substantial performance*, its adoption by Brazilian Law is based on the application of the principles of the social contract and the objective good faith, consolidating up gradually in doctrine and in many judgments by the Brazilian Courts.

Keywords. Contract. Legal business. Autonomy of will. Pacta sunt servanda. Binding force of contracts. Payment. Non-payment. Contract resolution. Damages. Substantial performance. Expressionless payment. Substantial performance. Theory substantial performance. Social function of the contract. Contractual objective good faith. Brazilian doctrine and jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1- CONTRATOS.....	12
1.1 Conceito e evolução histórica	12
1.2 A autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos contratos.....	15
2- ADIMPLEMTO E INADIMPLEMTO DOS CONTRATOS	20
2.1 Adimplemento:.....	20
2.2 Inadimplemento:	22
2.2.1 Causas anteriores ou contemporâneas:.....	23
2.2.2 Causas supervenientes:	25
2.2.3 Modalidades de inadimplemento:.....	27
3- TEORIA DO ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL.....	31
3.1 Origem da teoria do adimplemento substancial:.....	31
3.2 Teoria do adimplemento substancial no direito comparado:.....	36
3.3 Recepção pelo direito brasileiro:	39
3.4 Bases principiológicas:.....	43
3.4.1 Princípio da função social dos contratos:.....	44
3.4.2 Princípio da boa-fé objetiva:.....	49
3.5 Teoria do adimplemento substancial propriamente dita:	54
4- ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMTO SUBSTANCIAL	59
4.1. Precedentes jurisprudenciais:.....	61
4.1.1 Diante dos contratos de alienação fiduciária em garantia:.....	62
4.1.2 Diante dos contratos de arrendamento mercantil (leasing):.....	63

4.1.3: Diante dos contratos de seguro:	66
4.1.4: Diante dos contratos de compra e venda:.....	68
CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	74
GLOSSÁRIO.....	77

INTRODUÇÃO

Os contratos surgiram diante da necessidade das pessoas de regulamentarem os negócios que celebravam entre si, visando a circulação de riquezas. Dado ao caráter regrador, o contrato está presente, de forma ampla, nas mais variadas relações, em especial, nos contratos de natureza negocial, pertencentes ao direito das obrigações.

Dada a relevância do contrato para sociedade, diversos institutos foram criados para preservar sua existência e a predominância dos negócios avençados, que se traduz na necessidade de que os pactos sejam cumpridos pelas partes, máxima do brocardo latino *pacta sunt servanda*.

Na esteira da necessidade de se cumprir os contratos, o estudo do descumprimento (inadimplemento) da obrigação contratual é tema de relevância, estando positivado na maioria dos sistemas de direito privado. O Código Civil brasileiro de 2002 dispõe, em seu artigo 475, que, uma vez que o contrato seja descumprido, assiste à parte lesada o direito de extinguir (resolver) o contrato, além do direito à indenização por perdas e danos.

Segundo disposição expressa do Código Civil de 2002, o descumprimento da obrigação contratual gera para o credor o direito de exigir a extinção (ou resolução) do contrato e o pagamento de perdas e danos pelo devedor. Entretanto, quando o não pagamento (ou inadimplemento) da prestação se dá em pequena quantidade frente ao total efetivamente cumprido (ou adimplido) da obrigação, a doutrina e jurisprudência brasileiras têm relativizado o direito de o credor resolver o contrato pela aplicação da teoria do adimplemento substancial. Segundo essa teoria, o credor não tem o direito de exigir a resolução do contrato quando a atividade do devedor, embora imperfeita ou não tendo atingido plenamente o fim proposto, aproxima-se consideravelmente de seu resultado, caracterizando um inadimplemento de pequeno valor frente à substancialidade do montante efetivamente adimplido.

O empecilho principal para aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos é a disposição literal do artigo 475, do Código Civil, que não define

categoricamente em qual momento o credor poderá exigir a resolução do contrato (e conseqüente entrega/devolução do objeto contratado) o que, se não ocorrer segundo os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, gestores de todas as relações contratuais, poderá causar grandes prejuízos ao devedor.

A teoria do adimplemento substancial dos contratos vem ganhando amplitude e aplicação pontual na jurisprudência brasileira, sendo que a doutrina, há muito já reconhece o instituto, positivado anteriormente por diversos outros países. O Superior Tribunal de Justiça, em decisões pioneiras, já aplica o instituto em suas lides, mas não delimita o seu conteúdo de forma precisa. Aos poucos, a teoria do adimplemento substancial dos contratos vem sendo aceita pelos tribunais do país, inclusive, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Verifica-se que a aplicação da teoria do adimplemento substancial dos contratos deverá ser analisada especificamente no caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, quando o devedor deixa de pagar, em uma prestação em cento e oitenta parcelas, apenas a última delas – as cento e setenta e nove parcelas já quitadas consubstanciam um adimplemento substancial, em que o credor já obteve o proveito econômico esperado, impedindo-se o direito resolutório, sem prejuízo de se cobrar a parcela não executada com as devidas correções, bem como a indenização por perdas e danos, mas apenas o Poder Judiciário, na falta de previsão legal, poderá decidir dessa forma e resolver a lide nesses limites.

Segundo entendimentos da doutrina e da jurisprudência pátrias, a teoria do adimplemento substancial surge pela aplicação dos princípios da função social do contrato e da boa-fé contratual. Por adimplemento substancial, entende-se o pagamento de parte expressiva da prestação, próximo à quitação integral, que proíbe o direito resolutório do credor. Por inadimplemento substancial, entende-se o descumprimento de parte inexpressiva da obrigação frente ao montante já adimplido da dívida.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a adoção da teoria do adimplemento substancial pela doutrina e jurisprudência brasileiras, suas bases principiológicas, bem como as hipóteses e características de aplicabilidade.

1- CONTRATOS

1.1 Conceito e evolução histórica

Os contratos surgiram, historicamente, pela necessidade da população de estabelecer relações jurídicas decorrentes dos negócios que as pessoas celebravam entre si, visando a circulação de riquezas.

Desde os primórdios da civilização, quando o homem abandonou o estágio da barbárie, experimentando certo progresso espiritual e material, o contrato passou a servir, enquanto instrumento por excelência de circulação de riquezas, como a justa medida dos interesses contrapostos.¹

Necessário se faz conceituar o contrato, uma tarefa nada fácil, inclusive para os grandes juristas. Segundo Orlando Gomes, “contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes. Contrato, é portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral”.²

Por sua vez, o negócio jurídico é para os voluntaristas, a mencionada declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos, ou, na definição do Código da Saxônia, a ação da vontade, que se dirige de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica.³

Em uma perspectiva civil-constitucional, devemos ter em conta que o contrato, espécie mais importante de negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico.⁴

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. IV, tomo I, p. 39.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4.

³ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 280.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit, p. 50.

O contrato não deve ser entendido como um instrumento de opressão, mas sim de realização da vontade das partes, por isso, é necessário observar os seus limites e os princípios norteadores, de modo a manter o equilíbrio contratual e a vantagem estabelecida para ambas as partes – inicialmente.

O autor Clóvis Beviláqua, ao tratar de um dos princípios fundamentais nas relações contratuais, ainda que sob um enfoque historicista, defende a socialização do contrato, consoante deflui da análise deste interessante trecho:

Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses colidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitui a lei no campo restricto do negocio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal deles, o mais geral e o mais forte, mais impossível será desconhecer que também lhe cabe essa nobre função socializadora. Vêde uma creança em tenra idade. Appetece um objeto, com que outra se diverte; seu primeiro impulso é arrebatá-lo, num ímpeto de insoffrido egoísmo, das mãos frágeis que o detêm. A experiência, porém, pouco e pouco lhe ensina que encontrará resistência, sempre que assim proceder. Seu proceder vae amoldando-se às circumstancias e, em vez de apoderar-se à força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, esgotados os meios brandos, passará, então, à violência, ou aos gritos, último recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, se não o contivessem os freios do direito, da religião, da opinião pública, de todas as disciplinas sociaes empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a fera, que cada homem traz dentro de si.⁵

Necessário observar que, para sua formação, o contrato exige que haja, pelo menos, duas partes e consenso mútuo, ou seja, encontro de duas vontades. Segundo a lição de Caio Mário, “o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica”.⁶

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. São Paulo: RED Livros, 2000, p. 211.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. III, p. 7.

Como dito, o contrato é negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os *unilaterais*, que se aperfeiçoam pela manifestação de apenas uma das partes, e os *bilaterais*, que resultam de uma composição de interesses. Esses últimos, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos.

Em sentido amplo, como bem conceituou Clóvis Beviláqua, “contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.⁷

Em sentido estrito, o contrato é a mais comum e importante fonte de obrigação, que, por sua vez, consiste na relação jurídica de cunho patrimonial que tem por objeto uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Nessa acepção, o contrato vincula-se ao caráter socioeconômico, instrumento de circulação de riqueza.

Ressalte-se, portanto, que o contrato não se restringe exclusivamente ao direito obrigacional, estendendo-se a outros ramos do direito privado. Um casamento, p. ex., é considerado um contrato especial, uma vez que há duas partes e mútuo consenso, consubstanciando-se em um contrato de direito de família.

O consentimento ou consenso, portanto, é o núcleo do negócio jurídico contratual, formado a partir das vontades emitidas pelas partes declarantes. Sem essa manifestação de vontades, o negócio jurídico será nulo.

Entretanto, em que pese o contrato servir a diversos ramos do direito privado, interessa ao presente estudo seu sentido estrito, que remete ao direito obrigacional, regulador das relações jurídicas de cunho patrimonial.

Feitas as considerações iniciais, entende-se que o contrato é “um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3, p. 22.

social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”.⁸

Em uma linguagem mais simples, posto não menos jurídica, seria a manifestação de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.⁹

1.2 A autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos contratos

Não se pode falar em contrato sem que haja *autonomia da vontade*, ou seja, sem que haja um *querer humano*. Enquanto negócio jurídico, o contrato tem como traço essencial a manifestação de vontades pelos declarantes, por meio de que reciprocamente disciplinam os efeitos patrimoniais desejados.

É o princípio da autonomia da vontade, que, nas palavras de Maria Helena Diniz:

[...] consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato”¹⁰.

Tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar, ou seja, celebrar ou não contratos, em regra, sem qualquer interferência estatal. Podem celebrar contratos *nominados* (regulamentados em lei) ou fazer combinações, dando origem a contratos *inominados* (livremente estipulados pelas partes).

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 49.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 55

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 30ª ed. reformulada, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

A liberdade contratual, no ordenamento jurídico brasileiro, é prevista no artigo 421 do Código Civil de 2002:

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

Seu exercício, em regra, foge da intervenção estatal, a não ser quando seus efeitos extrapolem a *função social* que lhe deve ser inerente. Anota-se que a função social do contrato será objeto de estudo em momento oportuno no presente trabalho.

O princípio da autonomia da vontade teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. Nesse contexto, principalmente em relação aos contratos inominados, desenvolveu-se a ideia de que a obrigação originária de um contrato se impõe aos contratantes com a mesma força que uma obrigação legal.¹¹

Dessa forma, uma vez que o contrato, como vontade manifestada, deve ser respeitado, consolidou-se o princípio da força obrigatória, denominado classicamente *pacta sunt servanda* – os pactos devem ser cumpridos –, brocardo latino que traduz a ideia de que a avença livremente pactuada faz lei entre as partes.

A obrigatoriedade dos contratos é uma exigência imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde que observados os princípios contratuais da probidade e boa-fé. Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual.

O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3, p. 41.

interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade contratual, a intenção das partes.¹²

Temos que ninguém pode interferir nas relações contratuais formalizadas entre as partes. Segundo Venosa (2013) “ninguém pode alterar unilateralmente o conteúdo do contrato, nem pode o juiz, como princípio, intervir nesse conteúdo. Essa é a regra geral”.¹³

É certo que o contrato tem força de lei entre as partes, que apesar de convencionarem seus termos, respeitando a autonomia da vontade de cada uma, vinculam-se aos termos pactuados, como se a obrigação decorresse da própria lei.

Sintetizando, Maria Helena Diniz, citando Serpa Lopes (2014) discorre sobre as características dos contratos:

1º) cada contratante fica ligado ao contrato, sob pena de execução ou de responsabilidade por perdas e danos;

2º) o contrato deve ser executado como se fosse lei para os que os estipularam;

3º) o contrato é irrevogável e inalterável, ou melhor, ao contratante não será permitido libertar-se *ad nutum* do liame obrigacional, que apenas poderá ser desfeito com o consentimento de ambas as partes – é o chamado distrato –, a menos que haja cláusula em que o contratante se reserve o poder de exonerar-se do vínculo ou de alterar o contrato por sua exclusiva vontade, ou que esse efeito resulte da própria natureza do contrato, como ocorre com a com a fiança sem prazo determinado (CC, art. 835), ou, ainda, se tenha pactuado o direito de arrependimento. Na relação de consumo, o consumidor poderá desistir do contrato, dentro de sete dias, contados de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação do fornecimento se der fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone, reembolso postal ou a domicílio (art. 49 da Lei n. 8.078/90). E os valores pagos são devolvidos, monetariamente atualizados, mediante a restituição do produto. Logo, há casos em que o direito de arrependimento decorre de lei;

4º) o juiz, ante a equiparação do contrato à lei, ficará adstrito ao ato negocial, interpretando-o, esclarecendo seus pontos obscuros,

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 393.

¹³ Idem. p. 393.

como se estivesse diante de prescrição legal, salvo naquelas hipóteses em que se lhe permite extingui-lo ou modificá-lo, como sucede na imprevisão ou sobrevindo força maior ou caso fortuito. Portanto, sob o prisma da obrigatoriedade do contrato, seus efeitos são absolutos, de tal sorte que só em certas circunstâncias poderão ser alterados em sua força vinculativa, como no caso da imprevisão, pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou na hipótese de força maior ou caso fortuito.¹⁴

Lição melhor nos ensina Orlando Gomes ao discorrer sobre a obrigatoriedade dos contratos e o princípio da intangibilidade dos contratos:

O princípio da força obrigatória dos contratos consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permite mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo no qual nenhuma das partes pode desligar-se sobre o argumento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse estabelecido a alteração radical das circunstâncias.¹⁵

Resta evidente que o contrato possui força obrigatória em decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, pois, se as partes tem ampla liberdade de contratar ao seu livre convencimento, devem se obrigar pelo que contratou, até o limite definido para o término do contrato.

Destarte, a intangibilidade dos contratos é fruto da necessidade de preservação dos negócios jurídicos celebrados, pois não pode o Juiz – exercendo seu poder de órgão do Estado – intervir nos termos contratuais, uma vez que estaria

¹⁴ LOPES, Serpa, apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.

¹⁵ GOMES, Orlando, op. cit. p. 36.

interferindo especificamente no poder de obrigar-se, ferindo de morte a liberdade de contratar consagrada pelo Código Civil.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira assevera:

O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das ideias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço, e tanto que Josserand chega mesmo a considerá-lo a “publicização do contrato”. Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da *regulamentação legal* do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele.¹⁶

Assim, temos que “essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do negócio jurídico”.¹⁷

Entendido o conceito preliminar de contrato como a manifestação de duas partes visando atingir um fim estabelecido por elas, bem como considerando a prevalência da autonomia de vontade para realizar o acordado, o que foi avençado entre as partes possui força obrigatória entre os contratantes, que se obrigam a cumprir o que acordaram.

Tecidas essas breves considerações, cumpre esclarecer acerca do cumprimento ou descumprimento do que foi acordado entre as partes.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 27.

¹⁷ GOMES, Orlando, op. cit. p. 36.

2- ADIMPLEIMENTO E INADIMPLEIMENTO DOS CONTRATOS

2.1 Adimplemento:

As partes de uma relação jurídica obrigacional são representadas pelo credor e pelo devedor. Aquele com o direito de exigir o cumprimento da obrigação e este com o dever de prestá-la em favor daquele. A lógica natural é que haja o cumprimento/adimplemento da obrigação, com a devida satisfação do interesse do credor, finalidade última da relação obrigacional.

Ao discorrer sobre o adimplemento dos Contratos, Eduardo Luiz Bussata (2007) discorre que:

A noção de obrigação como processo importa em distingui-la em, no mínimo, duas fases: a primeira corresponde ao nascimento e desenvolvimento do vínculo, momento em que os direitos e pretensões são expressos e delimitados, especialmente em se tratando de obrigações contratuais, em que a vontade das partes deve amoldar-se aos princípios gerais do direito e às normas de ordem pública; a segunda, a fase do adimplemento, momento em que o sujeito passivo realiza a conduta devida que emergiu da primeira fase.¹⁸

E explicando em que consiste cada fase, o autor continua:

Veja que na primeira fase há predominância da normatização da relação, o que importa dizer, na criação dos deveres, direitos, ônus que incumbem às partes, e quando na segunda fase o sujeito passivo cumpre com exatamente aquilo e tudo aquilo que foi previsto na primeira fase, ou seja, quando há correspondência entre o ser e o dever-ser, estar-se-á diante do que se chama de adimplemento, cumprimento ou, ainda, pagamento. (...) Assim, para verificar a existência do adimplemento, há que se realizar um juízo de conformação ou de contraste entre a predefinição ideal da prestação ou programa contratual prometido e a realização efetiva dela.¹⁹

¹⁸ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12

¹⁹ Idem. p. 12.

Assim, o adimplemento é composto do binômio “adequação da prestação executada e satisfação do interesse do credor”.²⁰

Os contratos, tais como os negócios jurídicos em geral, possuem, também, um ciclo vital: nascem do acordo de vontades, produzem os seus efeitos e, enfim, se extinguem²¹. Assim, em regra, a extinção do contrato ocorre pela sua execução, adimplemento, pagamento, pouco importando se de modo instantâneo, diferido ou continuado.

A “morte natural” do contrato, por certo, dar-se-á quando ocorrer o quanto esperado pelas partes ao celebrá-lo²², ou seja, o contrato se extingue quando alcança o fim visado pelas partes, pelo cumprimento do que foi pactuado pelas partes ou mesmo quando ocorre uma das hipóteses autorizadoras do seu fim, previamente convencionadas pelas partes.

O meio normal ou ordinário de extinção das obrigações se dá pelo *pagamento*, *solução (solutio)* ou *adimplemento*, que corresponde ao efetivo cumprimento da prestação nos termos avençados.²³

Importante ressaltar que o termo *pagamento* vulgarmente remete à noção de cumprimento de uma obrigação em dinheiro, porém, na técnica do direito, corresponde ao cumprimento de qualquer tipo de prestação, seja ela de dar (dinheiro ou qualquer outra coisa), fazer ou não fazer, nos termos dos artigos 304 e seguintes do Código Civil de 2002.

Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

Entendida a questão, não raro, até mesmo pelos técnicos do direito, restringe-se a expressão *pagamento* às obrigações em dinheiro, reservando-se a

²⁰ Idem. p. 12.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit, p. 63.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit, p. 268.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit. p. 173.

expressão *solução* para qualquer outra modalidade de cumprimento da obrigação. Em qualquer dos casos, o termo *adimplemento* é cabível.

Por fim, cumpre lembrar que existem formas especiais de pagamento, tratadas especificamente pela legislação, em que o pagamento sofre perturbações, o que não lhe tira, no entanto, sua característica básica de adimplir, como é o caso da consignação em pagamento, dação em pagamento, novação etc., previstas nos artigos 334 e seguintes do Código Civil de 2002.²⁴

2.2 Inadimplemento:

A regra é que os contratos se extinguirão pelo adimplemento, ou seja, pelo cumprimento da obrigação.

Contudo, algumas vezes, a extinção pode não se dar pelo meio normal, mas sim por meios anormais. No modo anormal o contrato se extingue sem ter, no entanto, alcançado o seu fim, ou seja, sem que as obrigações tenham sido efetivamente cumpridas.

O conceito de inadimplemento é bastante amplo. Certo é que o Código Civil de 2002 não o definiu, uma vez que apenas discorre sobre os seus efeitos e modalidades, nos seus artigos 398 e seguintes.

Eduardo Luiz Bussata (2007) muito bem conceitua o inadimplemento, alertando para a necessidade de levar em consideração os deveres laterais decorrentes das relações contratuais, não apenas os efeitos primários, ou seja a não realização da prestação devida:

Num primeiro momento, pode-se definir inadimplemento como a não-realização da prestação devida. Contudo, tal definição não é adequada, por se referir unicamente à prestação principal, ao conceito de inadimplemento que foi tratado acima. De fato, como o

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 182.

“outro lado da moeda”, dada a existência de deveres laterais decorrentes do princípio da boa-fé, o conceito de inadimplemento deve ser construído também em observância desses fatores. Dentro de uma noção de obrigação complexa orientada pelo sentimento finalístico, obviamente deve-se procurar uma definição de inadimplemento que leve em consideração tal complexidade e orientação.²⁵

Diante do inadimplemento contratual de uma das partes contratantes, a outra possui a faculdade de pedir a resolução do contrato. Trata-se de presunção legal, não havendo necessidade de disposição expressa nesse sentido no contrato, conforme se extrai do artigo 475, do Código Civil de 2002.

A doutrina classifica as causas de extinção do contrato sem cumprimento em causas anteriores ou contemporâneas e causas supervenientes à sua formação. Balizam essa classificação renomados doutrinadores: Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, entre outros.

Adentraremos, em breve síntese, sobre o conceito de cada uma das causas extintivas do contrato.

2.2.1 Causas anteriores ou contemporâneas:

Entre as causas anteriores ou contemporâneas encontram-se: nulidades absolutas e relativas, cláusula resolutiva e direito de arrependimento.

A nulidade e anulabilidade dos contratos referem-se às regras de validade dos negócios jurídicos, ou seja, à observância das normas jurídicas e requisitos objetivos, subjetivos e formais dos negócios jurídicos, refletindo diretamente nas consequências jurídicas.

²⁵ BUSSATA, Eduardo Luiz, op. cit, p. 22.

A nulidade é, portanto, uma sanção, por meio da qual a lei priva de efeitos jurídicos o contrato celebrado contra os preceitos disciplinadores dos pressupostos de validade do negócio jurídico.²⁶

A nulidade absoluta está prevista no art. 166, do Código Civil, e estabelece normas de ordem pública. Podem ser alegadas a qualquer momento, não podendo ser confirmada ou mesmo convalidada pelo decurso do tempo. Opera a efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage à data da celebração do negócio jurídico firmado entre as partes. O Contrato não produzirá efeitos desde a sua formação.

A anulabilidade ou nulidade relativa decorre dos vícios de manifestação de vontade e vem disciplinada no art. 171, do Código Civil.

A nulidade relativa é uma sanção que apenas poderá ser pleiteada pela pessoa a quem a lei protege e que se dirige contra os contratos celebrados por relativamente incapazes ou por pessoas cujo consentimento se deu por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores.²⁷

Os contratos eivados de nulidade relativa subsistem até a sua anulação, podem ser confirmados e se convalidam pelo decurso do tempo. Sua anulabilidade só pode ser alegada pelos contratantes, possui efeito *ex nunc*. Por tais razões, a nulidade relativa não pode ser incluída entre as causas de dissolução dos contratos, tendo em vista que o contrato continuará tendo eficácia, até a declaração da sua nulidade relativa.

A cláusula resolutiva, prevista nos artigos 475 e 476, do Código Civil, “está subentendida em todos os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, para o caso em que um dos contraentes não cumpra sua obrigação, autorizando, então o lesado a pedir a rescisão contratual, se não preferir exigir o cumprimento, e indenização por perdas e danos”.²⁸

²⁶ DINIZ, Maria Helena, op. cit. P. 178.

²⁷ DINIZ, Maria Helena, op. cit. p. 178.

²⁸ Idem. p. 179.

Nestes casos, a resolução do contrato deverá ocorrer pelas vias judiciais, pois o contrato não se resolve de pleno direito. O juiz só decretará a resolução do contrato se provado o inadimplemento de uma das partes, o devedor, que deverá reparar todos os prejuízos que causou.

A cláusula resolutiva pode ser convencionada pelas partes expressamente, e produzirá efeitos extintivos, independentemente de interpelação judicial, em virtude do princípio da obrigatoriedade dos contratos, já debatido no capítulo anterior.

Pelo direito de arrependimento, havendo mútuo consenso, formar-se-á o contrato e as partes ficarão vinculadas juridicamente, não mais podendo eximir-se do ajuste *ad nutum*. Todavia, a força vinculante da convenção poderá romper-se, excepcionalmente, como, p. ex., se houver direito de arrependimento.²⁹

É certo que o direito de arrependimento poderá ser previsto expressamente no contrato, hipótese que autoriza qualquer das partes pedir a sua resolução, mediante declaração unilateral da vontade. Nesta hipótese, ocorrerá as consequências previstas no artigo 420, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

Importante salientar que o direito de arrependimento pode decorrer da lei e nos casos de relações de consumo.

2.2.2 Causas supervenientes:

Por sua vez, as causas supervenientes classificam-se em: resolução, resilição, morte de um dos contratantes e rescisão.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 180.

A resolução decorre do inadimplemento contratual, por inexecução voluntária ou involuntária ou por onerosidade excessiva.

A resolução por inexecução voluntária do contrato verificar-se-á quando houver o inadimplemento culposo do contrato por parte de um dos contratantes, dano causado ao outro e nexo de causalidade entre o comportamento ilícito do agente e o prejuízo.³⁰ Produzirá efeito *ex tunc*, se se tratar de contrato de execução única e efeito *ex nunc*, se o contrato for de duração continuada. Não atingirá os direitos creditórios de terceiros, adquiridos pelo tempo. Ademais, sujeita o inadimplente ao ressarcimento das perdas e danos, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante.

A resolução por inexecução contratual involuntária, se decorrer de força maior ou caso fortuito, opera a resolução do contrato de pleno direito, sem ressarcimento das perdas e danos, porém, haverá intervenção judicial para compelir o contratante a restituir o que recebeu e responsabilidade do devedor pelos danos causados, se estiver em mora.

A resolução por onerosidade excessiva decorre de um evento extraordinário e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento do contrato por uma das partes. Ter-se-á a resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula *reb sic standibus*, de modo que o lesado poderá desligar-se da obrigação, pedindo ao juiz a rescisão do contrato ou o reajustamento das prestações recíprocas.

Maria Helena Diniz elenca os seguintes requisitos para tanto: a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada; b) alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação.³¹

A resilição do contrato poderá ser bilateral (ou distrato) e unilateral.

³⁰ Idem, p. 181.

³¹ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 184.

A rescisão bilateral ou distrato é um negócio jurídico que rompe o vínculo contratual, mediante a declaração de vontade de ambos os contratantes de pôr fim ao contrato que firmaram. Submete-se às mesmas normas e formas relativas aos contratos e produz efeitos *ex nunc*. Certo é que o art. 472, do Código Civil³², só é aplicável, porém, ao caso de distrato de contratos cuja forma é prescrita em lei.

A rescisão unilateral é a dissolução do contrato pela simples declaração de uma das partes e opera-se mediante a denúncia notificada à outra parte, nos termos do artigo 473 e parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

A rescisão unilateral assume, em certos casos, a feição especial de revogação, renúncia e resgate. Produz, contudo, efeitos *ex nunc*.

Por fim e por óbvio, a morte de um dos contratantes é causa extintiva dos contratos, se estes forem celebrados *intuito personae*. Nestas hipóteses, o contrato se extingue de pleno direito, operando efeitos *ex nunc*.

2.2.3 Modalidades de inadimplemento:

Já dissemos que quando o devedor não paga, ou paga defeituosamente, não satisfazendo o credor e, também, quando o credor não aceita, por qualquer razão, o cumprimento por parte do devedor, ocorre o *inadimplemento*.³³

³² Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

³³ *ibid.* p. 312.

Assim, o descumprimento da obrigação (inadimplemento) pode se dar por ambas as partes da relação jurídica contratual, seja pelo devedor (*solvens*) ou pelo credor (*accipiens*), embora seja mais comum que ocorra pelo primeiro.

Há dois tipos de inadimplemento quanto aos efeitos, segundo tradicional classificação da doutrina: o *absoluto* e o *relativo* (ou *mora*).

O *inadimplemento absoluto* corresponde à obrigação que não foi cumprida em tempo, lugar e forma convencionados e não mais poderá ser cumprida por não aproveitar ao credor (artigo 389 do Código Civil de 2002).³⁴

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Já o *inadimplemento relativo* corresponde à obrigação que não foi cumprida em tempo, lugar e forma convencionados, mas que o cumprimento, mesmo que da maneira não avençada, poderá ainda ser útil ao credor, constituindo-se o devedor em *mora* – demora (artigo 394 e 395 do Código Civil de 2002).³⁵

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Nesse sentido, cabe ao juiz, pela análise ponderada dos fatos e pela consideração dos princípios norteadores da hermenêutica contratual, como a *função social do contrato* e a *boa-fé objetiva*, determinar a utilidade da prestação no interesse do credor, pelo que se definirá o tipo de inadimplemento: absoluto ou relativo (*mora*). A função social e a boa-fé objetiva serão estudadas em momento oportuno.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 302.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Loc. cit.

Salienta-se, novamente, que, na prática, reserva-se a expressão *inadimplemento* (gênero) para designar o inadimplemento absoluto (espécie) e o termo *mora* para designar o inadimplemento relativo.

Dessa forma, a diferenciação entre inadimplemento e *mora* reside na *utilidade* da prestação não cumprida no tempo, lugar e forma convenionados. Não se avalia, portanto, pelo prisma da *possibilidade* da prestação³⁶.

Para exemplificar, considere que um grupo musical é contratado para tocar em uma festa em determinada data e deixa de comparecer. Apesar de a apresentação ser possível no dia seguinte, não será mais útil, pois os convidados não estarão mais presentes. Nesse caso, só restará ao credor recorrer ao pedido de perdas e danos. Agora, se o devedor deixa de pagar uma prestação pecuniária, esta poderá ser ainda útil ao credor se forem elididos os efeitos da *mora* (purgação da *mora*).

Importante ressaltar que, se a prestação tornar-se inútil ao credor devido à *mora*, ou caso não haja sua purgação no prazo devidamente concedido para tal, o inadimplemento relativo (*mora*) converte-se em absoluto (parágrafo único do artigo 395 do Código Civil de 2002).

Art. 395. [...]

Parágrafo único. Se a prestação, devido à *mora*, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

O inadimplemento poderá ser *total* ou *parcial*.

O *inadimplemento total* ocorre quando a obrigação é completamente descumprida. Nos casos dos contratos bilaterais, enseja a invocação do *princípio do contrato não cumprido* (*exceptio non adimpleti contractus*), pelo qual “nenhum dos

³⁶ *ibid.* p. 315.

contraentes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (artigo 476 do Código Civil de 2002).³⁷

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

O *inadimplemento parcial* ocorre quando a prestação é entregue de forma defeituosa ou incompleta. Nos contratos bilaterais, enseja a invocação da *non rite adimpleti contractus*, que corresponde à invocação da exceção do contrato parcialmente não cumprido.³⁸

Nesse contexto se identificam duas situações: o adimplemento e o inadimplemento (absoluto ou relativo) do devedor. Não existe um meio termo entre os duas. Assim, o surgimento da teoria do adimplemento substancial permite balizar a relação credor/devedor. Dessa forma, não é mais e somente o interesse do credor que deve ser satisfeito, mas o interesse do devedor também deve ser levado em consideração.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 392.

³⁸ *ibid.* p. 394.

3- TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

3.1 Origem da teoria do adimplemento substancial:

A teoria do adimplemento substancial não foi contemplada no Código Civil de 1916, bem como não foi positivada pelas leis posteriores. Entretanto, tal instituto tem amparo em legislações estrangeiras, razão pela qual merece destaque ressaltar a experiência e evolução internacional na aplicação do instituto jurídico.

Conforme preleciona Eduardo Luiz Bussatta, não existia, no direito romano, uma ação geral que versasse sobre a extinção dos contratos em caso de descumprimento da obrigação por uma das partes contratantes (resolução). Havendo o inadimplemento, ao lesado assistia apenas o direito de exigir o efetivo cumprimento da prestação. Excepcionalmente, na hipótese de previsão contratual expressa, permitia-se a dissolução do vínculo contratual e a restituição patrimonial.

39

Entretanto, com o tempo, houve uma evolução do instituto, de modo que o direito de resolução contratual por inadimplemento de uma das partes contratantes tornou-se amplamente possível, tendo sido finalmente consolidado no Direito francês, especialmente por influência da obra de Domat e Pothier, e positivado no artigo 1.184 do código napoleônico de 1804. No Código Civil Brasileiro de 2002, por exemplo, a previsão encontra-se no artigo 475.⁴⁰

Uma vez sendo possível a resolução do contrato em razão do descumprimento da obrigação por uma das partes, voltou-se a análise para o caráter do direito: se absoluto (qualquer espécie de inadimplemento ensejaria o direito de se extinguir o vínculo contratual) ou relativo (possibilidade de se avaliar até que ponto o

³⁹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op. cit. p. 34.

⁴⁰ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, vol. 45, 2011, p. 71.

inadimplemento seria suficiente para ensejar a extinção do vínculo contratual). A questão tornou-se especialmente relevante quando o inadimplemento se dava de forma parcial, em que somente uma pequena parcela da obrigação deixava de ser cumprida.⁴¹

De fato, a aplicação da norma contratual em formalismo exacerbado e o apego excessivo ao dogma da absolutização dos direitos, comum no contexto do liberalismo clássico, levaram a muitas decisões injustas, notadamente no tocante às relações contratuais.⁴²

Dessa forma, em face das injustiças provocadas pela resolução dos contratos ante o descumprimento parcial e mínimo das obrigações, desenvolveu-se, no direito inglês, a *doctrine of substantial performance in contract law*, ou teoria do adimplemento substancial do contrato.

A teoria do adimplemento substancial remonta, portanto, à Inglaterra do século XVIII, em que os tribunais ingleses, com o intuito de promoverem a justiça entre as partes contratantes, passaram a admitir a *substantial performance*, que correspondia à relativização da exigência do exato e estrito cumprimento dos contratos, especialmente quando havia cumprimento substancial da prestação.

A decisão precedente (*leading case*) da teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*) corresponde ao julgamento do caso *Boone vs. Eyre*, em 1779, pelo Lorde britânico Mansfield (William Murray), renomado advogado, político e jurista do Tribunal de *Equity*, conhecido por promover uma ampla reforma das leis inglesas⁴³ e por sua postura manifestamente contrária à escravidão.

Na época, buscava-se inicialmente um provimento jurisdicional junto a um Tribunal de *Common Law*, com a possibilidade de se recorrer ao Tribunal da Chancelaria para obter uma solução de equidade - *equity* - (o Tribunal de *Equity*

⁴¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op. cit. p.35.

⁴² BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, v. 9, 1993, p. 60-77.

surgiu para equilibrar o formalismo da *Common Law*, aproximando-se de um ideal de justiça).

No caso, Boone (vendedor) transmitiu para o Eyre (comprador) uma plantação nas Índias Ocidentais juntamente com os escravos que nela viviam, pelo que exigiu o pagamento de 500 libras e uma renda vitalícia anual de 160 libras para livre exploração da propriedade, assegurando ser proprietário e legítimo possuidor de escravos lá existentes. Entretanto, evidenciou-se que Boone não tinha o título dos escravos, que se evadiram do local, motivo por que Eyre deixou de pagar a anuidade.

Inconformado com o atraso no pagamento da anuidade, Boone (vendedor-demandante) acionou judicialmente Eyre (comprador-demandado). Em sua defesa, o demandado buscou a resolução do contrato baseado no descumprimento pelo demandante, sob o fundamento de que não houve a transferência do domínio dos escravos, que se evadiram da plantação.

Ao analisar o caso, Lorde Mansfield julgou procedente o pedido do demandante (Boone) para que o demandado (Eyre) pagasse a anuidade em mora, entendendo que, pelo fato de este ter recebido parte substancial do que esperava (a plantação), não poderia pedir a resolução do contrato, devendo realizar sua obrigação nos termos avençados, assistindo-lhe o direito de pedir indenização pelas perdas e danos da parte deficiente da obrigação do demandante (transferir os escravos).

De forma técnica, Lorde Mansfield promoveu a análise e distinção entre as cláusulas *condition* e *warranty*. As cláusulas *condition* relacionavam-se às obrigações dependentes ou principais do contrato, de cumprimento obrigatório pelas partes e responsáveis pelo equilíbrio contratual. Já as cláusulas *warranty* relacionavam-se às obrigações acessórias, independentes e sem relação de reciprocidade contratual, de maneira que o descumprimento não influenciava a

comutatividade contratual a ponto de permitir a resolução do contrato, mas tão somente indenização pelas perdas e danos (*demage*).⁴⁴

Em síntese, “apenas o não cumprimento de uma prestação dependente (*condition*), que remete à ideia de algo substancial, daria azo à resolução do contrato, 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 decorrentes (*damages*)”⁴⁵.

No caso *Boone v. Eyre*, transferência dos escravos não constituía a essência do contrato, configurando-se obrigação acessória (*warranty*), de tal sorte que o vínculo obrigacional não poderia ser extinto, devendo Eyre pagar a anuidade à Boone, e, a seu critério, exigir deste a indenização por perdas e danos (*demage*).

Como esclarece Anelise Becker, “os tribunais ingleses começaram, a partir da doutrina da *substantial performance* e da consideração da *warranty*, a questionar se a intensidade da inexecução era suficiente para permitir a resolução ou, pelo contrário, para se reconhecer que a prestação realizada pelo devedor correspondia à substancialidade da obrigação ajustada, apesar de incompleta”⁴⁶.

Assim, a teoria do adimplemento substancial tem origem no direito inglês, não sendo, em suas origens, portanto, uma teoria de países de tradição romana. Sem prejuízo da origem histórica da resolução do contrato em virtude do inadimplemento da contraparte, fato é que foi a partir do julgamento do caso *Boone vs Eyre*, de 1779, a Corte Superior inglesa traçou importantes definições para evitar o exercício abusivo do direito à resolução do contrato.

O estabelecimento desta distinção permitiu o início da construção da teoria do adimplemento substancial, vislumbrando-se a impossibilidade de resolução do

⁴⁴ LINS, Thiago Drummond de Paula. A aplicação da teoria do adimplemento substancial pela jurisprudência brasileira. *Jus Navigandi*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/13896/a-aplicacao-da-teoria-do-adimplemento-substancial-pela-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em 15 ago. 2014.

⁴⁵ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Op. cit. p. 72.

⁴⁶ BECKER, Anelise. Op. cit. p. 63.

contrato nas hipóteses em que o inadimplemento verificado não seria grave o suficiente para abalar o sinalagma contratual.⁴⁷

Outro exemplo emblemático da aplicação da doutrina do adimplemento substancial ocorreu no caso *Cutter v. Powell*, de 1795: Powell contratou Cutter como imediato (oficial que se segue ao comandante) de seu navio para realizar uma viagem com saída em 2 de agosto de 1793, partindo de Kingston, Jamaica, e chegada em 9 de outubro de 1794, em Liverpool, Inglaterra. Porém, em 20 de setembro de 1794, a 19 (dezenove) dias da chegada, Cutter faleceu a bordo, não podendo terminar de cumprir o contrato.⁴⁸

Dessa feita, a viúva de Cutter moveu ação para receber uma proporção do valor que seria pago pelo trabalho prestado a bordo. Entretanto, referida ação foi julgada improcedente pelo Tribunal de *Common Law*, pois, pelos termos do contrato avençado, o falecido deveria cumprir a obrigação integralmente para que se pudesse demandar a respeito de pagamento. Entendeu-se que Cutter descumpriu o contrato porque morreu no meio do Oceânico Atlântico, e o direito de receber o pagamento estava condicionado ao sucesso da viagem.

É evidente que a decisão no caso *Cutter v. Powell* foi injusta, uma vez que a obrigação foi, em sua grande parte, cumprida. Inconformada, a viúva de Cutter recorreu à Corte de *Equity*, que, observando a falha na aplicação da doutrina da *substantial performance* e os efeitos negativos da decisão proferida pela Corte de *Common Law*, modificou o veredicto, abrindo precedentes para decisões mais adequadas ao caso de adimplemento (pagamento) substancial, com base nas ordenações do princípio da *boa-fé objetiva* (a ser estudada em momento oportuno).

Houve, dessa forma, uma inversão do ponto de vista do julgador, passando a considerar que a obrigação contratual fora executada em sua quase totalidade por

⁴⁷ BECHARA, Guilherme Fontes – O adimplemento substancial como reflexo da constitucionalização do Direito Civil. *Revista brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo Doutrina e Jurisprudência*. V. 13, jan/mar 2012.

⁴⁸ BECHARA, Guilherme Fontes. Op. cit. p. 62.

Cutter, e, apesar de sua imperfeição, a viúva fazia jus ao pagamento de um valor proporcional pelo serviço parcialmente prestado.⁴⁹

A teoria do adimplemento substancial tem, portanto, sua matriz genética na doutrina da *substantial performance*, firmada pela jurisprudência da *Common Law*, que, em sua acepção original, consolidou-se como vedação ao direito de se exigir a extinção contratual em caso de inexecução de pouca monta frente à substancialidade do total já cumprido da prestação, uma vez que o devedor tenha pautado sua conduta na *boa-fé objetiva*, princípio basilar e norteador.

Nas palavras de Luiz Eduardo Bussata:

“Ocorreu assim considerável evolução, à medida que se deixou de considerar a *natureza do dever descumprido*, passando-se a valorar a *gravidade do dever descumprido* e as *consequências que resultam na economia do contrato*. Surge, então, o critério ou princípio conhecido como *substantial failure in performance* ou, simplesmente, *substantial performance*.

(...)

Com esse sentido, ou seja, com a verificação da gravidade do descumprimento e de suas consequências, é que o direito continental recebe a teoria do *substantial performance*.⁵⁰

Assim, resta-nos fazer uma explanação sobre a teoria do adimplemento substancial no direito comparado, explicando o modo de aplicação da teoria no direito estrangeiro.

3.2 Teoria do adimplemento substancial no direito comparado:

A origem da teoria do adimplemento substancial remonta ao direito inglês, conforme demonstrado, entretanto, não se pode olvidar que a teoria se espalhou pelo mundo. Pode-se afirmar que a teoria vem sendo recepcionada e aplicada por vários países, mundo afora.

⁴⁹ BECKER, Anelise. Op. cit. p. 62-64.

⁵⁰ BUSSATA, Eduardo Luiz. op. cit. p. 37-38.

Nas palavras de Luiz Eduardo Bussata:

A pesquisa do direito alienígena revela-se deveras importante, uma vez que não há positivação da teoria em foco no Direito pátrio, e porque a doutrina e a jurisprudência, salvo honrosas exceções, dela não se têm ocupado, como já se ressaltou. Dessa forma, a experiência jurídica de há muito trilhada em outras terras deve servir de marco inicial para o desenvolvimento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

No direito italiano, a teoria tem positivação legal, no art. 1.455, que dispõe que “o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância, resguardado o interesse da outra parte”.⁵¹ Na Itália, não se aceita o direito de resolução dos contratos nos casos em que o inadimplemento seja de ineficaz importância. Pela via inversa, apenas se admite a resolução dos contratos quando o inadimplemento é grave, cabendo ao juiz analisar a gravidade do descumprimento ocorrido. Sendo o inadimplemento de “escassa importância”, a parte lesada só pode reclamar perdas e danos ou o cumprimento da obrigação, caso ainda seja possível.

O direito alemão também positivou o instituto em análise, no Direito das Obrigações do Código Civil alemão, no ano de 2002, que dispõe no § 323 (5) que, se o devedor não cumprir sua obrigação em conformidade ao contrato, não caberá ao credor resolução contratual, quando a lesão obrigacional for insignificante. Assim, na Alemanha, ao credor não é permitido resolver o contrato quando faltar apenas uma pequena parcela em relação ao todo porque satisfeito o seu interesse, sendo o descumprimento relevante, significativo.

O direito português também possui regra expressa vedando o direito à resolução quando a dissonância com o programa contratual, especialmente o parcial, for de escassa importância. O art. 802º, n. 2, dispõe que “o credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”. Esse dispositivo é contemplado pelo art. 808º.

⁵¹ PISCIOTTA, Giuseppina apud BUSSATA, Luiz Eduardo. op. cit. p. 39.

n. 2, pelo qual “a perda do interesse na prestação é apreciada objetivamente”.⁵² Em Portugal, a sistemática é semelhante à italiana, não sendo permitido resolver o negócio quando o interesse do credor é atingido pelo descumprimento parcial e de pouca importância.

Na França, em caso de inexecução parcial ou de pouca gravidade, tendo o credor auferido o benefício essencial do contrato, rejeita-se a resolução, somente cabendo pedido de indenização.

O código espanhol, ao contrário dos já citados, não possui regra expressa sobre a teoria do inadimplemento substancial. Entretanto, a jurisprudência espanhola é uníssona em somente admitir a dissolução do vínculo contratual quando o incumprimento “seja verdadeiro e próprio, grave, essencial, de importância e transcendência para a economia, ou que tenha a entidade suficiente para impedir a satisfação econômica das partes”.⁵³ Na Espanha só cabe a resolução nos casos em que o descumprimento for substancial, de tal relevância e grandeza que o fim do contrato seja realmente necessário. Caso contrário, só restará ao lesado buscar a reparação por perdas e danos ou, se possível, o cumprimento da específica prestação devida.

Por fim, o direito argentino também não possui regra específica sobre o tema, sem nenhuma disposição legal sobre a gravidade do inadimplemento. No entanto, a doutrina e jurisprudência têm ressaltado a necessidade de que o incumprimento deve ser importante, grave, de não escassa importância, de grande magnitude, em razão de que o contrato é orientado pelo princípio da conservação, bem como seria contrário à boa-fé contratual, o exercício do direito subjetivo de resolver o contrato em tais casos.⁵⁴ Assim, na Argentina só é possível a resolução quando o descumprimento impedir o fim tutelado pelo ordenamento jurídico e proposto pelos interessados.

⁵² BUSSATA, Luiz Eduardo. op. cit. p. 45.

⁵³ Idem. p. 47.

⁵⁴ BUSSATA, Luiz Eduardo. op. cit. p. 48.

Conforme já assinalada, no direito inglês vige a teoria da *substantial failure in performance*, de forma que apenas o incumprimento *sufficiently serious* permite o exercício da faculdade resolutória; nos demais casos, só há espaço para requerer perdas e danos.⁵⁵

No Brasil, a adoção da teoria do adimplemento substancial pela doutrina e jurisprudência é recente, sendo certo que o jurista Clóvis Couto e Silva já aludia ao instituto em artigo publicado originalmente em 1979, ao enquadrá-lo como exceção ao cumprimento integral da obrigação.⁵⁶

3.3 Recepção pelo direito brasileiro:

No Brasil, coube ao jurista Clóvis do Couto e Silva a escrita pioneira sobre o tema, a demonstrar sua importância como elemento operativo na interpretação dos contratos, segundo uma aplicação objetiva do princípio da boa-fé, em conceito aberto pelo qual “a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais”.⁵⁷

Segundo o autor pioneiro, o adimplemento substancial constitui “um inadimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo, tão-somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé”.⁵⁸

O adimplemento substancial do contrato, todavia, tem sido reconhecido pela doutrina como impedimento à resolução unilateral do contrato. Sustenta-se que a hipótese de resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, ou seja, do

⁵⁵ Idem. p. 49.

⁵⁶ Clóvis V. do Couto e Silva apud Drummond de Paula Lins, Op. Cit.

⁵⁷ ALVES, Jones Figuerêdo. A teoria do adimplemento substancial (“substantial performance”) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. Série grandes temas de Direito Privado. V. 4. São Paulo: Método, 2005. p. 406

⁵⁸ BECKER, Anelise. Apud. Jones Figueirêdo. Op. cit. p. 408.

descumprimento insignificante da avença, não se afigurando razoável a sua extinção como resposta jurídica à preservação e à função social do contrato (Código Civil, art. 421)⁵⁹

Uma vez que os contratos devem ser cumpridos – *pacta sunt servanda* –, em caso de inadimplemento, surge para a parte lesada o direito de exigir a resolução do contrato ou o seu efetivo cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos, a teor do disposto no artigo 475 do Código Civil de 2002.

A análise literal do artigo 475 do Código Civil de 2002 leva o intérprete ao entendimento de que o direito à resolução do contrato é sempre possível em caso de não cumprimento da prestação, seja o inadimplemento absoluto ou relativo – mora, total ou parcial, facultada a possibilidade de se exigir seu cumprimento.

De fato, não há uma restrição quanto às formas cabíveis de inadimplemento que ensejam a resolução do contrato nos termos do artigo 475 do Código Civil de 2002, o que suscita a ocorrência de situações peculiares, principalmente quanto ao inadimplemento mínimo ou de pequena monta: tomando como exemplo um contrato de compra e venda em que a prestação se dê em 180 (cento e oitenta) parcelas, mesmo que o devedor deixe de pagar apenas a última delas, poderá o credor, provada a lesão, exigir o desfazimento do negócio, com conseqüente pagamento de indenização.

Ocorre que, na situação do exemplo anterior, em que o devedor pagou praticamente todas as parcelas de um longo financiamento, deixando de quitar apenas a última delas, valor ínfimo se comparado ao total efetivamente pago, a exigência de extinção do contrato por parte do credor faz despertar naturalmente um sentimento de algo desarrazoado, injusto, principalmente se o devedor, tendo agido com boa-fé durante todo o contrato, não tenha contribuído de forma decisiva e direcionada ao não cumprimento da prestação.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p. 65.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência pátrias não têm admitido o direito de o credor resolver o contrato em caso de inadimplemento de pequena parcela do conjunto de obrigações do devedor, principalmente quando o proveito econômico já tenha sido cumprido por este em favor daquele. Ou seja, caso haja um adimplemento (pagamento) substancial das prestações, ao credor assiste apenas o direito de reclamar pelo cumprimento daquelas que eventualmente não tenham sido pagas, e não o direito de extinguir a obrigação, sem prejuízo do direito de indenização por perdas e danos.

É a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro, cuja adaptação da doutrina da *substantial performance*, originária da *Common Law*, valeu-se dos princípios da *função social do contrato* e da *boa-fé contratual (objetiva)*.

De fato, com o advento do Código Civil de 2002, houve uma profunda modificação na interpretação dos negócios jurídicos no tocante aos contratos pela previsão de diversos princípios norteadores, como a *função social do contrato* e a *boa-fé contratual objetiva*, enunciados nos dois primeiros artigos que tratam dos contratos em geral, quais sejam: 421 e 422 do referido diploma legal.

Em que pese não tenha o novo codex previsto, tal qual também não o fazia o Código Civil de 1916, formal e expressamente, o adimplemento substancial para as hipóteses de quase adimplemento da obrigação, pode-se sustentar, sem hesitar, que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza o instituto em comento.

Antes, no Código Civil de 1916, imperava uma visão patrimonial e individualista dos contratos, sobretudo em relação ao seu descumprimento, de forma que a mera violação do acordo de vontades ensejaria a possibilidade de sua extinção⁶⁰. Atualmente, vigora a interpretação sistêmica, com princípios amplos, sobretudo o da *dignidade da pessoa humana*, constitucionalmente previsto, além

⁶⁰ CLARINDO, Aniêgela Sampaio. Teoria do adimplemento substancial relacionada à boa-fé objetiva e à função social dos contratos. *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19210/teoria-do-adimplemento-substancial-relacionada-a-boa-fe-objetiva-e-a-funcao-social-dos-contratos>. Acesso em 20 ago. 2014.

dos já mencionados anteriormente: função social do contrato e a boa-fé contratual objetiva.

A limitação do direito de o credor extinguir o contrato quando o descumprimento da prestação se dê em pequena monta, ou seja, quando já tenha havido um adimplemento substancial da obrigação, começou a ser delineada na doutrina brasileira no ano de 1979, em artigo do jurista Clóvis Couto e Silva:

O princípio da boa-fé atua defensivamente e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou ativamente, criando deveres, podendo inclusive restringir o princípio de o cumprimento ser completo ou integral, permitindo outra solução. É a doutrina do *adimplemento substancial*, estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso Boone v. Eyre, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor.⁶¹ (grifo nosso)

Também na doutrina do jurista Carlos Roberto Gonçalves, observa-se a adoção da teoria do adimplemento substancial:

O devedor acionado por resolução pode apresentar várias defesas, de direito material ou de natureza processual, com, por exemplo, que o contrato não é bilateral; que o cumpriu integralmente ou de *modo substancial*, suficiente para *impedir a sua resolução (não foi paga apenas pequena parcela do preço)*; que não o cumpriu porque o credor, que deveria cumprir antes a sua parte, não o fez (*exceptio non adimpleti contractus*); que o credor já não está legitimado à ação, porque houve cessa da posição contratual, ou que o réu já não é o devedor, em virtude de assunção dessa posição, com exclusão de responsabilidade; prescrição do direito de crédito advento de circunstâncias que alteraram a base do negócio, tornando inexigível a prestação (onerosidade excessiva) etc.⁶² (grifo nosso)

Ao analisar a imprecisão do termo *inadimplemento* disposto no artigo 475 do Código Civil de 2002, que, em tese, permite a possibilidade irrestrita de o credor resolver o contrato em caso de inadimplemento de pequena monta, Eduardo Luiz Bussata ressalta a importância da teoria do adimplemento substancial:

⁶¹ SILVA, Clóvis V. do Couto e apud LINS, Drummond de Paula. Op. cit.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 186.

*A teoria do adimplemento substancial é o limite ao direito formativo de resolver conferido ao credor, à medida que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase-totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante ou, contrariamente, tendo a outra parte obtido a quase totalidade do proveito que almejava ao contratar.*⁶³ (grifo nosso)

Da mesma forma, a jurisprudência pátria sinaliza, por meio de seus julgados, a adoção da teoria do adimplemento substancial, análise feita em tópico posterior do presente trabalho.

Modernamente, a jurisprudência brasileira tem sedimentado a teoria do adimplemento substancial dos contratos, reconhecendo que o contrato substancialmente adimplido não pode ser resolvido unilateralmente. Assim, a teoria atende, com precisão, ao interesse na conservação dos contratos, de modo a impedir a resolução do negócio em caso de inadimplemento de pequena monta, de pouca significância.

A Teoria do Adimplemento Substancial encontra, ainda, fundamento legal de validade nos diversos princípios que norteiam as relações e negócios jurídicos - todos com fundo constitucional -, dentre os quais se destaca o princípio da função social dos contratos (artigo 421 do Código Civil), da vedação ao abuso de direito (artigo 187 do Código Civil), da vedação ao enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil) e, em especial, da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), hoje, considerada como cláusula geral nas relações contratuais.

3.4 Bases principiológicas:

Vimos até agora uma noção geral sobre a teoria do adimplemento substancial, entretanto, mister se faz analisar mais detidamente os princípios norteadores desta teoria.

⁶³ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op. cit. p. 90/91.

Conforme analisado no tópico precedente sobre a recepção da teoria do adimplemento substancial pelo Direito brasileiro, a relativização da interpretação do artigo 475 do Código de Civil de 2002 para excluir das causas de resolução dos contratos, os inadimplementos de pequena monta valeram-se, sobretudo, da aplicação dos princípios da *função social do contrato* e da *boa-fé contratual*.

O Enunciado nº 361 da IV Jornada de Direito Civil declara que a teoria do adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, preponderando entre eles os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

Dada a importância desses dois princípios, não só para objeto de estudo do presente trabalho, como também para direito contratual (afinal, são enunciados nos dois primeiros artigos sobre os contratos em geral no Código Civil de 2002 – artigos 421 e 422), mister uma análise mais criteriosa.

3.4.1 Princípio da função social dos contratos:

Não se pode falar em contrato sem que haja *autonomia da vontade*, ou seja, sem que haja um *querer humano* – “contrato sem vontade não é contrato”.

A liberdade de contratar não é absoluta, uma vez que está limitada à supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhes sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo.⁶⁴

Nesse sentido, trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa.⁶⁵

Essa liberdade inerente aos contratos – liberdade de contratar (faculdade de realizar ou não determinado contrato), liberdade de com quem contratar (faculdade

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 42.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit. p. 79.

de escolher o outro contraente) ou liberdade contratual (possibilidade de se estabelecer o conteúdo) – ganhou ainda mais força e visibilidade com o advento do liberalismo no século XVIII, principalmente após a propagação das ideias iluministas.

Entretanto, o princípio da autonomia da vontade, predominante durante todo século XIX e no primeiro quartel do século XX, sofreu um pesado golpe com os movimentos sociais.⁶⁶

De fato, no século XX, o incremento tecnológico e a nova ordem geopolítica estabelecida fizeram com que o *individualismo liberal* cedesse lugar ao intervencionismo estatal como forma de coibir os excessos da liberdade de contratar, pelo que ficou conhecido, nos sistemas jurídicos, como *dirigismo contratual*.⁶⁷

No dizer de Arnaldo Wald:

As ideias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o Direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do Direito do Trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica a seu favor.⁶⁸

As leis civis, pouco a pouco, deixaram de ser meramente abstencionistas, passando a intervir na seara das relações negociais, coibindo abusos e reequilibrando a balança contratual. Máxime, a observância desse fenômeno no Brasil pela aprovação do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 1990 – , que, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, previu expressamente a responsabilidade civil objetiva (sem culpa) com o inversão do ônus da prova.⁶⁹

Discorrendo à esse respeito, Arnold Wald notou que:

A atribuição de uma função social ao contrato é decisão oportuna ao legislador que, em tese, não altera o regime jurídico,

⁶⁶ Idem. p. 81.

⁶⁷ *ibid.* p. 82.

⁶⁸ WALD, Arnaldo apud GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 93.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 35.

pois já se repelia o abuso de direito, com base na interpretação do art. 160 do CC/1916 e na norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5º, XXIII), conceituando-a amplamente, ou seja, no sentido de abranger todos os bens, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos contratos. Assim, em termos gerais, pode-se considerar que o novo Código explicitou uma norma constitucional, ratificando o entendimento implícito da legislação anterior e da construção jurisprudencial.⁷⁰

Nota-se, portanto, que a autonomia da vontade sofreu uma limitação por normas de ordem pública (dirigismo contratual) em benefício do bem-estar comum, para que a liberdade volitiva, sem contenção, não se convertesse em abuso.

De forma mais técnica e criteriosa, Luis Díez e Antonio Gullón afirmam que a *autonomia privada* deve sofrer os seguintes condicionamentos⁷¹:

a) da lei – a lei, manifestação maior do poder estatal, interfere no âmbito da autonomia privada, posto sem aniquilá-la, para salvaguardar o bem geral;

b) da moral – trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa;

c) da ordem pública – também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à política e à economia.

Essa limitação ao princípio da autonomia da vontade, marcada pelo dirigismo contratual, em busca do estabelecimento de equilíbrio do contrato e vedação aos arbítrios entre as partes contratantes, emana do *princípio da função social do contrato*, norma principiológica expressamente prevista no artigo 421 do Código Civil de 2002.

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

⁷⁰ WALD, Arnold apud GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 92-93.

⁷¹ Díez, Luis Picazo e GULLÓN, Antonio apud GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 36.

Segundo o dispositivo, a liberdade de contratar é exercida em razão da autonomia de vontade que a lei outorga às pessoas.

Como trata-se de um princípio geral de direito, a disposição insculpida no artigo é uma norma que contém uma regra geral.

Como bem expõe Maria Helena Diniz:

O art. 421 institui, expressamente, a função social do contrato, revitalizando-o, para atender aos interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das prestações e até mesmo sua resolução.⁷²

Para o ministro do Superior Tribunal de Justiça Luís Felipe Salomão, o contrato deixou de servir somente para circulação de riquezas: “além disso – e principalmente –, é forma de adequação e realização social da pessoa humana e meio de acesso a bens e serviços que lhe dão dignidade”. No julgamento de recurso especial 1.051.270 dessa Corte, afirmou:

Diante da crescente publicização do direito privado, o contrato deixou de ser a máxima expressão da autonomia da vontade para se tornar prática social de especial importância, prática essa que o Estado não pode simplesmente relegar à esfera de deliberações particulares.⁷³

Cumprido ressaltar que, ao contrário do que muitos proclamaram, o princípio da função social do contrato não significa a aniquilação da autonomia privada, tampouco fere a segurança jurídica e a igualdade das partes. Se assim fosse, as relações de direito privado se estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso.⁷⁴

Deve-se ter em mente que, a despeito de a liberdade contratual ter sido erigida ao patamar de princípio, não pode ser interpretada de forma absoluta e

⁷² DINIZ, Maria Helena. Op. cit. pg. 27.

⁷³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Teoria do adimplemento substancial limita o exercício de direitos do credor. Brasília/DF: setembro de 2012, pg. 1. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106897&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco>. Acesso em: 29 ago. 2014.

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 36.

irrestrita a encobrir práticas abusivas. Da mesma forma, não se pode defender a segurança jurídica de atos eivados em sua essência. Em relação à igualdade, admite-se um tratamento diferenciado, no que se tem a igualdade material, voltada a diminuir as desigualdades sociais, traduzindo o brocárdio *tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade*, a fim de oferecer proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que costumam, ao longo da história, figurar em situação de desvantagem.

Sobre o princípio da função social do contrato, informam Gagliano e Pamplona Filho:

O princípio da função social do contrato legitima-se frente ao contexto histórico atual, marcado por disputas geopolíticas e imprevisão econômica, no qual o individualismo selvagem cedeu lugar para o solidarismo social, caracterizado por uma sociedade globalizada, que exige o reconhecimento de normas limitativas do avanço da autonomia privada, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.⁷⁵

Por fim, como preleciona Humberto Theodoro Jr., a função social manifesta-se em dois níveis:

a) intrínseco – o contrato visto como relação jurídica entre as partes, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;

b) extrínseco – o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado. Nesse sentido, por exemplo, um terreno alugado para armazenar lixo radioativo pode ser compatível com os interesses individuais, mas não com o interesse social da comunidade local.⁷⁶

A teoria do adimplemento substancial, enquanto instrumento de vedação aos abusos entre as partes contratantes e de promoção do equilíbrio da relação contratual, representa verdadeira aplicação da função social do contrato, uma vez que a sociedade (e não apenas o indivíduo) é detentora de prerrogativas que se contrapõem ao direito de contratar livremente, o que certamente inclui o direito de

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 36-37.

⁷⁶ THEODORO JR, Humberto apud GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 80.

não ter a resolução do contrato no caso de inadimplemento de pouca monta. Nesse caso, a intervenção para promoção do equilíbrio é medida justa no interesse da coletividade.⁷⁷

Certo é que a teoria do adimplemento substancial deve ser amoldada e contextualizada com o princípio da função social do contrato, de sorte a considerar todas as vertentes (principais e acessórias) que componham a relação obrigacional, visando uma interpretação justa e equilibrada às partes.

3.4.2 Princípio da boa-fé objetiva:

A boa-fé contratual deve reger todas as relações obrigacionais, de forma a se tornar lei de força cogente entre os contratantes.

O princípio da boa-fé, ao que consta, foi cunhado no direito romano, com uma acentuada amplitude semântica, remetendo inicialmente a um conceito ético para, posteriormente, com o incremento do comércio e do *jus gentium* (complexo jurídico aplicável a romanos e a estrangeiros), desenvolver uma acepção jurídica. Já no direito alemão, foi traduzido como regra objetiva de lealdade e confiança a ser aplicada nas relações jurídicas em geral.⁷⁸

Hodiernamente, o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação como princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.⁷⁹

Nos termos do artigo 422, do Código Civil Brasileiro, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁷⁷ CLARINDO, Aniêgela Sampaio. Op. cit.

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 99.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, Op. cit., p. 13.

Tal disposição contratual tem sido comumente denominada pela doutrina como cláusula geral. Entretanto, Sílvio de Salvo Venosa assevera que na verdade, trata-se de cláusula aberta, dando ideia de um dispositivo que deve ser amoldado ao caso concreto, sob uma compreensão social e histórica.⁸⁰ E continua asseverando que na verdade, trata-se de uma cláusula aberta, a ser analisada no caso concreto pelo juiz.

A ideia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso o juiz deverá definir quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé. Na verdade, levando-se em conta que o Direito gira em torno de tipificações ou descrições legais de conduta, a cláusula geral traduz uma tipificação aberta.⁸¹

Nota-se que a boa-fé objetiva deve ser observada na fase pré e pós-contratual, ainda que não haja previsão legal, diante da inexistência, nessas fases, de obrigação a ser cumprida. Trata-se de uma interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito.⁸²

A boa-fé biparte-se em *boa-fé subjetiva* e *boa-fé objetiva*.

A *boa-fé subjetiva*, presente no Código Civil de 1916, traduz-se regra de interpretação do negócio jurídico. Consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação sem ter ciência do vício que a inquina⁸³. Diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, servindo de proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra a realidade.⁸⁴

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p. 395.

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 395.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 19

⁸³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 100.

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, Op. cit. p. 13.

Nessa perspectiva,

A boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.⁸⁵

Já a *boa-fé objetiva*, diferentemente, tem natureza de princípio jurídico, traduzindo-se em verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica, que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas, fundado na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração dos interesses de um para com o outro.⁸⁶

Ou seja, a boa-fé é tanto forma de conduta (*subjetiva* ou *psicológica*) como norma de comportamento (*objetiva*).

A boa-fé que constitui inovação do Código Civil de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico é a *objetiva*, como se depreende a inteligência do artigo 422 do referido diploma legal.

Segundo Alexandre Junqueira Gomide, a boa-fé possui funções relevantes. O autor elenca cinco funções primordiais do princípio da boa-fé objetiva:

A primeira delas é a função de complementação ou concretização da relação também chamada de norma de interpretação e integração do contrato. O objetivo dessa função é visualizar e precisar quais deveres e direitos decorrentes daquela relação em especial.

A segunda delas é a função de correção e de adaptação em caso de mudança de circunstâncias, que permite ao julgador adaptar e modificar o conteúdo dos contratos para que o vínculo permaneça de forma justa a ambas as partes, isto é, sem lesar um dos contratantes.

⁸⁵ BUSSATA, Luiz Eduardo. Op. cit. p. 67.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. p. 56.

A terceira função da boa-fé é autorização para decisão por equidade, pois como cláusula geral, sua concreção passa pela ativa participação do julgador e não pode escapar à tópica e à procura da equidade contratual, originando assim um direito de equidade adaptado à sociedade e às necessidades atuais.

A quarta função é a função criadora de deveres anexos à pretensão principal ou fonte autônoma de direitos que impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, tais como deveres de lealdade, segurança, informação, dentre outros. O cumprimento destes deveres precisa ser observado pelas partes na pactuação, execução e dissolução dos contratos, tanto nas relações contratuais de consumo, regidas pelas leis consumeristas, quanto nas relações contratuais comuns, regidas pelo Código Civil de 2002.

Por fim, a quinta e última função ad boa-fé é de controle e de limitação das condutas ou de limite ao exercício de direitos subjetivos. Essa função tem por escopo limitar o exercício do direito dos contraentes para que estes não incorram em práticas abusivas.⁸⁷

É exatamente do princípio da boa-fé objetiva, pela sua função limitativa de condutas que reside o fundamento da teoria do adimplemento substancial, na medida em que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase totalidade do programa habitacional foi cumprida pelo contratante ou, contrariamente, tendo a outra parte obtido a quase totalidade do proveito que almejava ao contratar.⁸⁸

Segundo o ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo de Tarso Sanseverino:

No plano do direito das obrigações, a boa-fé objetiva apresenta-se, especialmente, como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade última.⁸⁹

⁸⁷ GOMIDE, Alexandre Junqueira – A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de direito Privado*. Vol. 45. Jan/2011. p. 71.

⁸⁸ Idem. p. 71.

⁸⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Op. cit., pg. 1.

É exatamente do princípio da boa-fé objetiva, pela sua função limitativa de condutas que reside o fundamento da teoria do adimplemento substancial, na medida em que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase totalidade do programa habitacional foi cumprida pelo contratante ou, contrariamente, tendo a outra parte obtido a quase totalidade do proveito que almejava ao contratar.⁹⁰

A resolução do contrato é medida extrema, já que extingue o vínculo contratual com efeitos retroativos (*ex tunc*), em que todos os atos praticados são desfeitos, importando em séria sanção ao inadimplente. Nesse sentido, é patente que, havendo inadimplemento de pequena gravidade, insignificante, a resolução será uma resposta manifestamente desproporcional, podendo-se dizer, injusta e contrária à finalidade econômica do contrato, de forma que fica vedada pela boa-fé objetiva.⁹¹ Nas palavras de Eduardo Luiz Bussata:

Assim, não resta dúvida de que a teoria do adimplemento substancial, que contém em si, em última análise, a vedação do uso desequilibrado do direito de resolução, encontra fundamento de aplicação na boa-fé objetiva, especialmente na sua função limitativa do exercício das posições jurídicas. Funciona, dessa forma, a teoria em foco como uma ruptura ética jurídica do direito legal de resolução, na medida em que, da interpretação isolada do art. 475 do Código Civil, bem como das demais regras legais que positivam o direito à resolução do contrato ante o inadimplemento, não se pode deduzir a exigência criada pela boa-fé da gravidade do descumprimento.⁹²

Ou seja, a extinção do contrato por inadimplemento do devedor só tem cabimento quando resultar ao credor dano de tal envergadura que não lhe seja mais interessante o recebimento da prestação devida. Estando a obrigação cumprida de forma substancial, o descumprimento parcial, de pequena significância, não enseja a resolução por violação da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que, tendo o credor auferido praticamente todo o proveito econômico do contrato, exija sua extinção.

⁹¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op. cit. p.83

⁹² Idem. p. 83-84.

No direito brasileiro, a teoria do adimplemento substancial vem sendo adotada a partir da aplicação da cláusula geral do abuso do direito (art. 187, do Código Civil e da cláusula geral da boa-fé contratual (art. 422, do Código Civil).

Logo, não resta outra interpretação senão a que privilegia a conjugação da boa-fé objetiva e da Eticidade em uma banda e, na outra, a substancialidade do adimplemento das obrigações. A Eticidade deve figurar em todos os momentos da obrigação, ou seja, na fase preliminar e após a execução do contrato celebrado entre as partes.⁹³

O princípio da boa-fé, portanto, consagra deveres anexos aos contratantes, no sentido de agir concretamente na busca de um resultado ótimo para ambos os parceiros negociais, postulado de há muito consagrado pela sabedoria popular, segundo a qual o negócio tem que ser bom para os dois.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial não escapa a esse exame, como de resto se tem verificado na prática cotidiana forense, que poucas são as demandas versando sobre matéria contratual que não aborda a questão do cumprimento do dever de boa-fé objetiva.

3.5 Teoria do adimplemento substancial propriamente dita:

O inadimplemento contratual faculta à parte lesada a resolução do contrato, sempre que não preferir exigir da outra parte o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos, nos termos do artigo 475, do Código Civil. Entretanto, esse direito de resolução dos contratos conferido ao credor não é absoluto.

Por outro lado, de acordo com o famoso Dicionário Aurélio, adimplemento significa: “ato ou efeito jurídico de adimplir”. Indica cumprimento de uma obrigação,

⁹³ REZENDE, Fernando Augusto Chacha – A teoria do adimplemento substancial e a boa-fé necessária exegese dos institutos. *Revista jurídica Consulex* nº 290.

pagamento, implemento, solução, satisfação, quitação. Substancial, por sua vez, significa “que tem substância; substancial”.

O adimplemento substancial significa, assim, o cumprimento substancial da obrigação. O cumprimento é tão significativo e expressivo, que se pode dizer que houve o cumprimento quase que integral das obrigações contratualmente assumidas. Verificada a hipótese de cumprimento substancial, deve ser impedida a resolução do vínculo contratual.

Esta é a essência da teoria do adimplemento substancial. Note-se que não é de qualquer inadimplemento que se está a comentar e sim, tão somente, daquele no qual o descumprimento da obrigação contratual é ínfimo, insignificante, de pequena monta.

A teoria do adimplemento substancial, como visto até agora, parte da premissa que quando houver um inadimplemento de pequena monta, ou seja, quando o não cumprimento do contrato for pequeno, incapaz de gerar uma grande lesão aos contratantes, opera-se a resolução dos contratos, pois o contrato foi praticamente cumprido em sua integralidade, visando, assim, consagrar os princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva.

Nesse sentido, assevera Jones Figueirêdo Alves:

Com efeito, o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato. Não haverá inadimplemento imputável para resolver o contrato, quando o adimplemento parcial reflita, com o seu alcance, a pauta da avença, na proporção veemente das obrigações concretizadas.⁹⁴

⁹⁴ ALVES, Jones Figueirêdo. Op. cit. p. 406.

Em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor. Assim, o direito potestativo à resolução do contrato não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo, de pequena importância, considera-se substancialmente adimplida a prestação.

O direito inclina-se pela impossibilidade do desfazimento do ajuste contratual quando já se deu o adimplemento quase substancial do preço. Em tal caso, não se deixa o credor ao desamparo, porque se lhe dá a perspectiva de buscar a satisfação de seu crédito através de cumprimento de sentença proferida em ação ordinária de cobrança com a consequente expropriação de bens do devedor ou, ainda, a execução do título executivo.

Nesse contexto, faltará causa eficiente para a resolução do contrato sempre que o adimplemento irradiar, em seus efeitos próprios, circunstância de não-configuração da resolubilidade diante das prestações satisfeitas, ao evidenciar a inexistência de graves consequências do inadimplemento verificado.⁹⁵

Assim, deve-se avaliar a gravidade do inadimplemento, no caso concreto, antes de deflagrar a consequência drástica consubstanciada na resolução do contrato, tendo em vista que se a fim visado pelo contrato foi alcançado, resolvê-lo, parece-nos injusto.

Deve-se ter cuidado para que este instituto criado para proteger o devedor de boa-fé que deixa de cumprir a obrigação em virtude de dificuldade circunstancial (onerosidade excessiva, fato extraordinário, imprevisível), não seja desvirtuado pelo devedor mal intencionado.

Escondendo-se por detrás de um aparente manto de equidade, tenta o devedor mal intencionado obter vantagem, inadimplindo o preço sem que o credor

⁹⁵ ALVES, Jones Figuerêdo. O adimplemento substancial como elemento decisivo à preservação do contrato. *Revista Jurídica Consulex*. Ano XI, no 240, 15 de janeiro de 2007, p. 34.

tenha como buscar a satisfação de seu crédito. Cumpre, em tais casos, ao operador do Direito rechaçar a pretensão ilegítima.⁹⁶

O acolhimento da teoria do adimplemento substancial há de pressupor ter havido esforço do contratante que da mesma pretenda se beneficiar. Isto é, deve ter demonstrado empenho no sentido de cumprir a obrigação primitivamente ajustada. Vale para os casos em que o comprador paga uma parte inicial e, na sequência, paga várias prestações do saldo devedor para só então, diante de dificuldades circunstanciais e sérias, devidamente comprovadas, deixar de pagar algumas poucas parcelas, tendo satisfeito quase a integralidade do preço. Somente assim poder-se-á ter por cumprido o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato.

Há necessária cumulatividade entre a substancialidade quantitativa e a cumulativa, isto é, exige-se como requisito não apenas o pagamento do preço em montante próximo à integralidade, mas também o perpasso pelo fio condutor da boa-fé objetiva, como resta hoje pela doutrina e jurisprudência pátrias.⁹⁷

Como visto, o adimplemento substancial insere-se dentre os princípios gerais dos contratos, como princípio inerente ao sistema normativo-contratual aberto, oferecido pelo Novo Código Civil, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva.⁹⁸

Com base no que foi dito até aqui, pode-se dizer que, para a configuração do adimplemento substancial, faz-se necessária a verificação de alguns pressupostos, sem os quais deve ser permitida a resolução do contrato pelo devedor quando verificado o inadimplemento do contrato.

Nessa seara, se destacam resumidamente: a) cumprimento expressivo do contrato; b) a insignificância do inadimplemento; c) prestação realizada que atenda à finalidade do negócio jurídico; d) satisfação do interesse do credor; e) a boa-fé objetiva na execução do contrato; f) a diligência por parte do devedor; g) a

⁹⁶ LAZZARIN, Joel Felipe. Aplicação da Teoria do adimplemento substancial segundo a baliza da boa-fé objetiva. *Revista Jurídica*. Ano 58, n. 400, Janeiro de 2011. p. 54.

⁹⁷ Idem. p. 62

⁹⁸ ALVES, Jones Figuerêdo. Op. cit. p. 35.

preservação do equilíbrio contratual; h) a função social do contrato; i) a ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, de parte a parte.

Verificando-se tais pressupostos, deve a teoria do adimplemento substancial ser aplicada na sua plenitude.

Assim, a teoria do adimplemento substancial sustenta que não se deve considerar resolvida a obrigação quando a atividade do devedor, embora não tendo sido perfeita ou não tendo atingido plenamente o fim proposto, aproxima-se consideravelmente do seu resultado final, caracterizando um adimplemento de pequeno valor frente ao montante efetivamente pago. Não se trata de regra prevista formalmente no Código Civil de 2002, mas consubstanciada, sobretudo, nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, atuando como um instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica, permitindo soluções razoáveis e sensatas.⁹⁹

⁹⁹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op. Cit. P. 49.

4- ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Modernamente, a jurisprudência tem sedimentado a teoria do adimplemento substancial reconhecendo que o contrato substancialmente adimplido não pode ser resolvido unilateralmente.

O estudo da teoria do adimplemento substancial é centrado na gravidade do inadimplemento que pode ensejar ou não a limitação do direito de o credor resolver o contrato. De fato, é a substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, a insignificância do inadimplemento que determinará a possibilidade de se invocar a teoria.¹⁰⁰

O atual desafio da doutrina e jurisprudência está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial.

Dessa forma, uma condição basilar para aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial é a definição dos parâmetros utilizados pelo julgador para determinar se o inadimplemento é ou não de escassa importância.

Como não se tem esses parâmetros pré-fixados, a jurisprudência apenas reconhece o adimplemento substancial em uma abordagem quantitativa, ou seja, quando se verifica o cumprimento do contrato com a falta apenas da última prestação ou o recebimento pelo credor de 16 das 18 parcelas do financiamento, por exemplo.

Inicialmente, pode-se pensar em um critério matemático, como o de considerar que o adimplemento mínimo de 95% da obrigação o torna substancial, vedando-se a via resolutória. Contudo, em algumas hipóteses, o inadimplemento de

¹⁰⁰ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op. cit. p.101-102.

5% poderá não ser irrisório, tornando o critério suscetível de falhas e, por consequência, de injustiças. Nesse sentido é o entendimento de Eduardo Luiz Bussata:

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 congêneres. A teoria do adimplemento substancial não é aplicável mediante uma análise axiomático-dedutiva.¹⁰¹

Frente às dificuldades de determinação de um método abstrato de verificação do grau de insignificância do inadimplemento, Bussata novamente preleciona:

[...] é necessário fazer uma advertência: a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes.¹⁰²

Ou seja, frente à impossibilidade de definição de um critério fixo e abstrato que possa objetivamente definir o grau de inadimplemento suscetível a caracterizar sua substancialidade, cabe ao juiz, no caso concreto, verificar a relevância do inadimplemento.

Em busca de um padrão para conceituar o inadimplemento substancial, Anelise Becker também concluiu que a tarefa caberia ao juiz, no caso concreto, relacionando ainda determinados critérios comumente utilizados:

Examinando-se numerosas decisões, é possível concluir que se fazem necessárias três circunstâncias para que determinado adimplemento possa ser considerado como substancial. A primeira delas é a proximidade entre o efetivamente realizado e aquilo que estava previsto no contrato. A segunda, é que a prestação imperfeita satisfaça os interesses do credor. A terceira (questionável se considerar-se o adimplemento substancial apenas sob uma ótica

¹⁰¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. Op. cit. p.101.

¹⁰² ibid. p.101-102.

objetivista) refere-se ao esforço, diligência do devedor em adimplir integralmente.¹⁰³

O juiz, para caracterizar a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, deverá determinar o grau de substancialidade do adimplemento que cessa o direito de o credor resolver o contrato, pelo que se valerá da análise de cada caso submetido ao seu julgamento, pautando-se, de forma geral, pela análise do que foi efetivamente cumprido frente à obrigação total avençada, pela constatação de que a prestação imperfeita ainda satisfaz o interesse credor (caso em que já teria obtido o proveito econômico pela prestação parcialmente adimplida) e pela análise da diligência do devedor em tentar adimplir integralmente a dívida.

4.1. Precedentes jurisprudenciais:

Conforme ressaltado no tópico precedente sobre a recepção da teoria do adimplemento substancial pelo Direito brasileiro, a doutrina pátria, desde 1979, discute e defende a aplicabilidade do instituto herdado do direito saxão.

Quanto à jurisprudência, embora mais recentemente, há também clara sinalização de adoção da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro, e, a título de análise, colaciona-se uma série julgados nesse sentido.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ apresenta diversos julgados em que a teoria do adimplemento substancial foi adotada. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também se posiciona em adotar a teoria.

Vejamos agora como a jurisprudência tem sedimentado entendimentos à respeito do tema e fixado parâmetros.

¹⁰³ BECKER, Anelise. Op. cit. p. 62.

4.1.1 Diante dos contratos de alienação fiduciária em garantia:

A teoria do adimplemento substancial encontra campo fértil nos contratos de alienação fiduciária em garantia, nos quais o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, restando-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la.

Para se garantir a busca e apreensão do bem, nos termos do Decreto-Lei n. 911/1969, com a consequente perda do bem pelo devedor e a extinção do contrato se recorre à teoria do adimplemento substancial, desde que, evidentemente, se verifique que ainda resta interesse ao credor no adimplemento da obrigação.

Nesse sentido, em recente julgado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios considerou o adimplemento substancial de um contrato em que o devedor pagou trinta e uma das trinta e seis parcelas do financiamento de veículo.

EMENTA:

PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. DECRETO-LEI 911/69. APELAÇÃO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. PROVIMENTO.

1. Os dispositivos do Decreto-lei nº 911/69 devem ser interpretados à luz da Constituição Federal, que o recepcionou, e das normas constantes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor referentes aos contratos.

2. Deve-se considerar substancial o adimplemento de trinta e uma, de um total de trinta e seis, parcelas de um financiamento para aquisição de automóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia, sendo indevida, nessa hipótese, a busca e apreensão do veículo.

3. Recurso conhecido e provido

([Acórdão n.798940](#), 20120610160995APC, Relator: SEBASTIÃO COELHO, Revisor: GISLENE PINHEIRO, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2014, Publicado no DJE: 04/07/2014. Pág.: 155).

Na mesma seara, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 469.577, confirmou o indeferimento do pedido liminar de busca e apreensão diante do pequeno valor da dívida diante do valor do bem. No julgado, de relatoria do renomado Ministro Ruy Rosado de Aguiar, se aplicou integralmente a Teoria do Adimplemento Substancial.

Em outra oportunidade, agora no Recurso Especial 272.739, restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, na lavra do mesmo ilustre Ministro, que, diante da Teoria do Adimplemento Substancial, a falta apenas da última prestação do contrato não autoriza o credor a fazer uso de ação para extinção do contrato, em lugar da cobrança da parcela faltante, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução. O julgado destacou que a extinção do contrato não atendia à boa-fé objetiva, que deve permear todos os contratos.

4.1.2 Diante dos contratos de arrendamento mercantil (leasing):

Em contratos de arrendamento mercantil, mais conhecidos por *leasing*, no qual, nas lições da conceituada Maria Helena Diniz, pretendendo-se utilizar determinado bem, se consegue que uma instituição financeira o adquira, arrendando-o por tempo determinado, possibilitando-se ao arrendatário, findo o prazo, optar entre a devolução do bem mediante um preço residual, previamente fixado em contrato, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas, a aplicação da teoria do adimplemento substancial também se opera.

No ano de 2008, por exemplo, a sociedade empresária BBV Leasing Brasil ajuizou ação de reintegração de posse contra o cliente Mauro Eduardo de Almeida Silva, em razão do inadimplemento de 5 das 36 parcelas devidas em contrato de aquisição de automóvel. Inconformada com o insucesso nas instâncias ordinárias, a empresa recorreu ao STJ (recurso especial – REsp nº 1051270/RS).

No julgamento do REsp nº 1051270/RS, em setembro de 2011, o ministro relator Luís Felipe Salomão entendeu pela aplicação da teoria do adimplemento substancial, relativizando o entendimento do artigo 475 do Código Civil de 2002 em razão dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, uma vez que o cliente teria pagado 86% da obrigação total (31 das 36 prestações), além de R\$10.500,00 (dez mil e quinhentos reais) de valor residual garantido – VRG –, configurando o proveito econômico do recorrente. Nas palavras do relator, “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”.

Ainda de acordo com o relator Salomão, a parcela da dívida não paga não desaparecerá, “o que seria um convite a toda sorte de fraudes”, porém o meio de realização do crédito escolhido pela instituição financeira deverá ser adequado e proporcional à extensão do inadimplemento, “como, por exemplo, a execução do título”.

EMENTA (RECURSO ESPECIAL Nº 1051270/RS)

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

1. 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. ¹⁰⁴ (grifo nosso).

Em julho de 2012, caso semelhante foi julgado pela Terceira Turma do STJ (REsp nº 1.200.105/AM), em que a sociedade empresária *Equatorial Transportes da Amazônia LTDA*, inconformada com o débito de 6 parcelas de uma total de 36, ajuizou ação de reintegração de posse com pedido de resolução de contrato contra o cliente *Costeira Transportes e Serviços*, referente a contrato de aquisição de 135 carretas.

O ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino, ao analisar o REsp nº 1.200.105/AM, entendeu pela aplicação da teoria do adimplemento substancial: “tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade”. Na hipótese, o relator explicou que o credor poderá exigir seu crédito e até indenização, mas não a extinção do contrato.

EMENTA (RECURSO ESPECIAL Nº 1200105/AM)

RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLENTO CONTRATUAL.

I. *Ação de reintegração de posse* de 135 carretas, objeto de contrato de "leasing", após o *pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas*.

II. Processo extinto pelo juízo de primeiro grau, sendo provida a apelação pelo Tribunal de Justiça, julgando procedente a demanda.

III. Interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados, com um voto vencido que mantinha a sentença, com determinação de imediato cumprimento do julgado.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1051270/RS. Recorrente: BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Mauro Eduardo de Almeida Silva. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. 5 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800893455>>. Acesso em: 03 set. 2014.

IV. Antes da publicação do acórdão dos embargos declaratórios, com a determinação de imediata reintegração de posse, a parte demandada extraiu cópia integral do processo e impetrou mandado de segurança.

V. Determinação de renovação da publicação do acórdão dos embargos declaratórios para correção do resultado do julgamento.

VI. Após a nova publicação do acórdão, interposição de embargos infringentes, com fundamento no voto vencido dos embargos declaratórios.

VII. Inocorrência de violação do princípio da unirecorribilidade, em face da utilização do mandado de segurança com natureza cautelar para agregação de efeito suspensivo a recurso ainda não interposto por falta de publicação do acórdão.

VIII. Tempestividade dos embargos infringentes, pois interpostos após a nova publicação do acórdão recorrido.

IX. *Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial.* Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

X. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ.

XI. Recurso especial desprovido. ¹⁰⁵ (grifo nosso).

Assim, a teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada nas ações de reintegração de posse decorrentes de contratos de arrendamento mercantil (*leasing*).

4.1.3: Diante dos contratos de seguro:

Nos contratos de seguro, a utilização e a aplicação da teoria do adimplemento substancial têm sido fundamentais ao desenvolvimento equânime da atividade securitária brasileira.

Não obstante dispor o artigo 763 do Código Civil que não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, ocorrendo o

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1200105/AM. Recorrente: Equatorial Transportes da Amazônia LTDA. Recorrido: Costeira Transportes e Serviços. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201001113350>>. Acesso em: 03 set. 2014.

sinistro antes de sua purgação total, não seria razoável a negativa da indenização pela seguradora, diante de situações em que, por exemplo, tendo sido o pagamento convencionado em 12 parcelas mensais, o sinistro ocorresse no 11o mês, quando o devedor se encontrava em mora com relação à prestação correspondente.

Aplicar o dispositivo legal e não permitir o pagamento do seguro ao segurado, nesta hipótese, seria realizar concretamente a tão almejada justiça? Assim não entendemos.

Outro também não é o entendimento da jurisprudência. No julgamento do Recurso Especial 76.362, cujo relator foi o renomado Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu que a companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro por falta de pagamento da última prestação do prêmio quando a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação. Confira-se:

EMENTA:

SEGURO. INADIMPLEMENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO.

A COMPANHIA SEGURADORA NÃO PODE DAR POR EXTINTO O CONTRATO DE SEGURO, POR FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO DO PRÊMIO, POR TRES RAZÕES: A) SEMPRE RECEBEU AS PRESTAÇÕES COM ATRASO, O QUE ESTAVA, ALIAS, PREVISTO NO CONTRATO, SENDO INADMISSIVEL QUE APENAS REJEITE A PRESTAÇÃO QUANDO OCORRA O SINISTRO; B) A SEGURADORA CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE COM A SUA OBRIGAÇÃO, NÃO SENDO A SUA FALTA SUFICIENTE PARA EXTINGUIR O CONTRATO; C) A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DEVE SER REQUERIDA EM JUIZO, QUANDO SERA POSSIVEL AVALIAR A IMPORTANCIA DO INADIMPLEMENTO, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DO NEGOCIO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

Assim, verifica-se que os contratos de seguro também são respaldados pela teoria do adimplemento substancial.

4.1.4: Diante dos contratos de compra e venda:

Observa-se que a teoria do adimplemento substancial também tem campo fértil nos contratos de compra e venda.

Em agosto de 2012, no agravo em recurso especial – AREsp nº 155885/MS¹⁰⁶, a Terceira Turma do STJ aplicou a teoria do adimplemento substancial ao analisar um contrato de compra e venda de imóvel rural em que a parcela inadimplida (R\$ 26.640,00) correspondia a aproximadamente 10% do total da dívida (R\$ 268.261,00).

Em seu voto, o ministro relator Massami Uyeda afirmou (AREsp nº 155885/MS): “se o saldo devedor for considerado extremamente reduzido em relação à obrigação total, é perfeitamente aplicável a teoria do adimplemento substancial, impedindo a resolução por parte do credor, em favor da preservação do contrato”.

Também o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT vem aplicando a teoria do adimplemento substancial por meio da sua jurisprudência nos contratos de compra e venda.

Em novembro de 2012, na apelação cível APC nº 636375/DF, o desembargador relator Flávio Rostirola aplicou a teoria do adimplemento substancial ao considerar que o pagamento de 61,53% do preço do imóvel objeto de contrato de compra e venda correspondeu à substancialidade da prestação. Alegou em seu voto: “somente quando o inadimplemento prejudicar significativamente a satisfação esperada pelo contratante, a resolução se justificará, nos moldes dos artigos 474 e 475 do Código Civil”. E continuou: “ademais, com assento na boa-fé objetiva que permeia a relação contratual, entendo que, muito embora a resolução do contrato

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso especial nº 155885/AM. Agravante: Ângelo Gonçalves da Rosa. Agravado: Laércio Arruda. Relator Ministro Massami Uyeda . 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201200503665>>. Acesso em: 03 set. 2014.

estivesse prevista na avença, no caso de não pagamento das parcelas, tenho que a resolução do pacto em estudo não se justifica, devendo o contrato ser mantido.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECEBIMENTO DE RECURSO APÓS AS 19 HORAS. SERVIDOR PRESENTE NA VARA. CONTINUAÇÃO DO EXPEDIENTE. CONHECIMENTO DO APELO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO CONTRATO. MANUTENÇÃO DA AVENÇA. COOPERAÇÃO DAS PARTES. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS PROCESSUAIS. ASTREINTES. VIABILIDADE DE FIXAÇÃO.

1. Em que pese o artigo 172, §3º, do Código de Processo Civil, bem como a disciplina do artigo 91 do Provimento Geral da Corregedoria deste Egrégio, diante do recebimento do recurso pelo próprio servidor da vara, às 19h40, considera-se o recebimento dentro do expediente, de maneira que se negar o conhecimento do apelo corresponderia à verdadeira negativa de jurisdição.

2. Encontrando-se o feito devidamente instruído, podendo o juiz, destinatário da prova, julgar a lide de modo antecipado, descarta-se assertiva de cerceamento de defesa pelo fato de o julgador não ter admitido prova testemunhal.

3. O Código Civil de 2002, ao contrário do Diploma Civilista de 1916, contemplou a restrição da liberdade de contratar em consonância com a função social do pacto. Em outras palavras, sem se descuidar da autonomia da vontade, o Código vigente impôs correlação entre os valores coletivos e os individuais, de maneira que, por meio do artigo 421, determinou que a autonomia da vontade é limitada pela função social da avença.

4. *A boa-fé objetiva, estatuída no artigo 422 do Código Civil, deve permear as relações contratuais, de modo que a ética impere, conduzindo o comportamento das partes. Em outros termos, os contratantes devem manter padrão de conduta, cooperando para que ambos obtenham do pacto o proveito almejado, ainda que assim não tenham convencionado.*

5. *Somente quando o inadimplemento prejudicar significativamente a satisfação esperada pelo contratante, a resolução se justificará, nos moldes dos artigos 474 e 475 do Código Civil. Mediante análise de caso a caso, o adimplemento substancial terá que considerar função econômico-social perseguida pelo contrato como sua causa.*

6. Sob a perspectiva da instrumentalidade, as formas processuais constituem instrumento para correta aplicação do direito, de modo que a desobediência às formalidades legais somente retira os efeitos do ato, quando macularem a própria finalidade. Logo, ainda que o fim de pagar haja sido exposto em contestação, tal imprecisão técnica não pode configurar óbice para o cumprimento do contrato. A conservação da avença, ou seja, o direito material, deve prevalecer sobre a imperfeição processual.

7. O juiz pode impor multa diária ao réu a fim de garantir que a obrigação de fazer seja efetivamente cumprida. O escopo da referida norma consiste, portanto, em evitar a inércia do sujeito obrigado sem implicar, por outro lado, o locupletamento da parte contrária com base na recalcitrância alheia.

8. Preliminares rejeitadas; apelo dos Autores não providos; apelo da Ré provido.¹⁰⁷ (grifo nosso)

Pelos acórdãos analisados, observa-se que a teoria do adimplemento substancial vem consolidando-se na jurisprudência brasileira. Quanto ao grau de inadimplemento suscetível a impedir o direito resolutório do credor, confirma-se a impossibilidade de se estabelecer um critério matemático fixo. No REsp nº 1.051.270/RS, o relator considerou substancial o adimplemento de 86% da obrigação. Já no o AREsp nº 155.885, esse patamar ficou em 90%. Na APC nº 636375/DF, foi de apenas 61,53%.

Ou seja, a análise do adimplemento substancial não prescinde de uma verificação fática, devendo ser analisada pelos operadores do direito no caso concreto.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível nº 636375/DF. Apelantes: Osvaldo Pinheiro Torres, Zaid da Cunha Torres, Sheila Araújo Soares. Apelados: os mesmos. Relator Desembargador Flávio Rostirola. 21 nov. 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20110110187197APC>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas quanto à importância do contrato. Sua existência remonta aos primórdios da sociedade, com a qual guarda uma relação de causa e efeito, em que o viver social é fruto de um pacto, ou seja, de um contrato social. Não obstante a relevância do debate acerca da origem da ordem social, o contrato hodiernamente reveste-se de relevância em sua acepção jurídico-negocial, como instrumento regulador de efeitos patrimoniais segundo a autonomia de vontades das partes contratantes, verdadeiro mecanismo circulador de riquezas.

A autonomia de vontades traduz a essência do direito privado, em que as partes livremente dispõem acerca dos direitos e deveres que desejam disciplinar. Entretanto, essa liberdade não pode ser absoluta, como ocorreu no Liberalismo Clássico, sob pena de arbítrios, em que uma parte assume posição manifestamente desproporcional em relação à outra. Nesse sentido, a intervenção na autonomia de vontades (o dirigismo estatal) veda o uso do contrato como instrumento opressor, promovendo o equilíbrio da relação jurídica obrigacional.

A legislação civil não se ocupa em pormenorizar as situações abstratas que demandam a intervenção na autonomia de vontades, até porque seria impossível imaginar todas elas. A relativização da liberdade contratual tem como fundamento as emanções de ordem principiológica, que ampliam e, ao mesmo tempo, tornam flexível a atuação hermenêutica.

A teoria do adimplemento substancial, ao vedar o direito de o credor resolver o contrato quando do inadimplemento de pequena monta pelo devedor em relação ao total efetivamente adimplido da prestação, representa devida intervenção na autonomia de vontades, impedindo situações de verdadeira desproporção.

Nesse mister, a *teoria do adimplemento substancial* representa uma intervenção na autonomia de vontade, em que o direito de o credor extinguir o contrato é relativizado quando o incumprimento da prestação pelo devedor for de pequeno valor frente ao que já foi efetivamente pago, tendo como princípios norteadores o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva.

Originária do direito saxão do século XVIII, em que os tribunais ingleses desenvolveram a *substantial performance* como forma de relativizar os direitos resolatórios do credor, pode-se dizer que a teoria do adimplemento substancial foi recepcionada recentemente pela doutrina e jurisprudência pátrias a partir dos anos oitenta. Como fundamentos basilares destacam-se os princípios jurídicos da função social do contrato e da boa-fé objetiva, expressamente consagrados no Código Civil brasileiro de 2002.

De fato, a vedação aos arbítrios do credor que, mesmo tendo auferido o proveito econômico da relação contratual, postula o direito resolatório por inexpressivo inadimplemento do devedor atende aos anseios da sociedade em ver afastada a utilização do contrato como instrumento de opressão (princípio da função social) e coaduna com o comportamento moralmente esperado das partes na relação jurídica obrigacional (princípio da boa-fé objetiva).

A doutrina acena no sentido proibitivo da resolução contratual quando a obrigação é cumprida de modo substancial, em que não foi paga apenas pequena parcela da prestação. Igualmente caminha o posicionamento dos Tribunais, havendo vários julgados de primeira e segunda instâncias, alguns inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que corroboram com a pertinência da relativização adstrita ao tema.

Quanto à aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, há de ressaltar a necessidade de avaliação fática de cada situação apresentada ao Judiciário, vez que os critérios de valoração da substancialidade do adimplemento para caracterizar ou não o proveito econômico do credor não podem ser hermeticamente condicionados a regras matemáticas. Não se pode definir, de forma genérica, um percentual de cumprimento que corresponda à substancialidade da prestação – mister a análise do caso concreto.

Por fim, importa destacar que, mesmo não havendo previsão legal expressa da relativização do direito resolatório em caso de adimplemento substancial na legislação brasileira, ao contrário de outros ordenamentos, como o italiano, o alemão e o português, a doutrina e jurisprudência pátrias, ao adotarem e gradativamente aplicarem a doutrina do adimplemento substancial, caminham ao encontro não só do

entendimento emanado por relevantes ordenamentos jurídicos mundiais sobre a questão, como também de suas próprias emanações principiológicas, dando efetividade à vontade do legislador nacional e, portanto, à vontade da própria sociedade.

Embora não haja previsão legal da teoria do adimplemento substancial, sua adoção pelo Direito brasileiro baseia-se na aplicação dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, consolidando-se gradativamente na doutrina e em diversos julgados dos Tribunais brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figuerêdo. A teoria do adimplemento substancial (“substantial performance”) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. In *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos – Série Grandes Temas de Direito Privado*. São Paulo: Método, 2005 v. 4. p. 405-431.

ALVES, Jones Figuerêdo. O adimplemento substancial como elemento decisivo à preservação do contrato. *Revista Jurídica Consulex*. Ano XI, no 240, 15 de janeiro de 2007.

BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 08 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1051270/RS. Recorrente: BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Mauro Eduardo de Almeida Silva. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. 5 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800893455>>. Acesso em: 03 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1200105/AM. Recorrente: Equatorial Transportes da Amazônia LTDA. Recorrido: Costeira Transportes e Serviços. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201001113350>>. Acesso em: 03 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso especial nº 155885/AM. Agravante: Ângelo Gonçalves da Rosa. Agravado: Laércio Arruda. Relator Ministro Massami Uyeda . 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201200503665>>. Acesso em: 03 set. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível nº 636375/DF. Apelantes: Osvaldo Pinheiro Torres, Zaid da Cunha Torres, Sheila Araújo Soares. Apelados: os mesmos. Relator Desembargador Flávio Rostirola. 21 nov.

2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20110110187197APC>>. Acesso em: 03 set. 2014.

BECHARA, Guilherme Fontes – O adimplemento substancial como reflexo da constitucionalização do Direito Civil. *Revista brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo Doutrina e Jurisprudência*. V. 13, jan/mar 2012.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, v. 9, 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. São Paulo: RED Livros, 2000.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CLARINDO, Aniêgela Sampaio. Teoria do adimplemento substancial relacionada à boa-fé objetiva e à função social dos contratos. *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19210/teoria-do-adimplemento-substancial-relacionada-a-boa-fe-objetiva-e-a-funcao-social-dos-contratos>. Acesso em 20 ago. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – contratos: teoria geral*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. IV, tomo I.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, vol. 45, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

LAZZARIN, Joel Felipe. Aplicação da Teoria do adimplemento substancial segundo a baliza da boa-fé objetiva. *Revista Jurídica*. Ano 58, n. 400, Janeiro de 2011.

LINS, Drummond de Paula. A aplicação da teoria do adimplemento substancial pela jurisprudência brasileira. *Jus Navigandi*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/13896/a-aplicacao-da-teoria-do-adimplemento-substancial-pela-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em 15 ago. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. III.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha – A teoria do adimplemento substancial e a boa-fé necessária exegese dos institutos. *Revista jurídica Consulex nº 290*.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Teoria do adimplemento substancial limita o exercício de direitos do credor*. Brasília/DF: setembro de 2012, pg. 1. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106897&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco>. Acesso em: 2 set. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2.

GLOSSÁRIO

Rebus sic stantibus - estando assim as coisas; se as coisas estivessem se mantido no mesmo estado.

Status quo ante – retornar as coisas ao estado anterior.