

A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E OS CRITÉRIOS PARA SUA APLICAÇÃO

CAROLINE MELCHIADES SALVADEGO GUIMARÃES DE SOUZA LIMA¹

ROBERTO WAGNER MARQUESI²

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO DIREITO OBRIGACIONAL CONTEMPORÂNEO. 4 A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL APLICADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 5 A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS QUALITATIVOS E QUANTITATIVOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

RESUMO: A teoria do adimplemento substancial foi acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, função social e vedação ao abuso de direito. A sua aplicação, no entanto, pode trazer certa insegurança jurídica, tendo em vista não sido positivada na legislação e, portanto, não há critérios expressos para o seu exame, tarefa que fica a cargo do interprete do direito, mais precisamente dos magistrados, que na maioria das vezes, orientam-se apenas pelo critério quantitativo e matemático. No entanto, mostra-se até mesmo mais importante a adoção de critérios qualitativos, em especial acerca da aferição da boa-fé das partes envolvidas, situação que aos poucos vem sendo visualizada no entendimento da jurisprudência, mas que ainda não conta com um posicionamento unânime. O presente artigo tem por objetivo demonstrar a necessidade e importância da adoção de critérios quantitativos e também qualitativos para a análise da teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico pátrio, especialmente enquanto não for positivada a referida teoria e os critérios orientadores de sua aplicação. A metodologia utilizada na elaboração do presente artigo foi o método

¹ Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - campus Londrina. E-mail: carolm_92@hotmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP, Largo de São Francisco. Mestre em Direito pela UEL. Professor do Programa Mestrado e Pós-graduação – Lato Sensu na Universitário na Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor Universitário na Universidade Estadual de Londrina – UEL e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - campus Londrina. E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br.

lógico-dedutivo, com vistas a análise da doutrina e jurisprudência para o desenvolvimento dos argumentos apresentados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Obrigações. Adimplemento Substantial. Critérios.

THE SUBSTANTIAL PERFORMANCE THEORY AND THE CRITERIA FOR THEIR APPLICATION

ABSTRACT: The theory of substantial performance was upheld by the national legal order based on the principle of objective good faith, social function and prohibition of abuse of rights. However, its application may lead to some legal uncertainty, whereas it has not been enacted in legislation and therefore there are no express criteria for its examination, which is the task of the interpreter of law, more precisely of the magistrates who most of the time they are only guided by the quantitative and mathematical criteria. However, it is even more important to adopt qualitative criteria, especially regarding the assessment of the good faith of the evolved parties, a situation that is gradually being seen in the understanding of jurisprudence, but which does not yet represent a unanimous position. The purpose of this article is to demonstrate the necessity and importance of the adoption of quantitative and qualitative criteria for the analysis of the theory of substantial compliance in the legal order of the country, especially as long as this theory and the guiding criteria for its application are not positive. The methodology used in the elaboration of this article was the logical-deductive method, with a view to the analysis of the doctrine and jurisprudence for the development of the presented arguments.

KEY-WORDS: Law of Obligations. Substantial Performance. Criteria.

INTRODUÇÃO

As constantes modificações em nossa sociedade desencadearam uma significativa evolução no âmbito do direito civil, especialmente em razão do abandono de um Estado liberal puro, preocupado mais com as questões patrimoniais nas quais o "ter" era mais importante que o "ser", transmudando-se para o advento de um Estado Social Democrático, que passou a se ocupar com os direitos fundamentais da pessoa, e sobretudo com os princípios constitucionais setoriais, como o da boa-fé e o da função social.

A adoção de valores na interpretação do texto legal fica ainda mais nítida após o advento do Código Civil de 2002 e a preocupação em conferir uma interpretação constitucional aos artigos de lei. Os princípios orientadores do ordenamento jurídico passam a influenciar sobremaneira o direito contratual contemporâneo.

Sob um aspecto de valores e princípios é que a teoria do adimplemento substancial se orienta, tendo por premissa que o inadimplemento de um contrato nem sempre culmina com a resolução, isso porque há casos em que o inadimplemento é ínfimo e não justifica a pena máxima do desfazimento do negócio.

Com relação à teoria do adimplemento substancial, destaca-se que o seu surgimento se deu no direito estrangeiro, mais precisamente no direito anglo-saxão, no qual se desenvolveu e veio por influenciar diversos ordenamentos jurídicos que atualmente trazem em seu texto legal a própria positivação do instituto.

No Brasil, no entanto, a teoria não se encontra positivada em uma legislação específica, muito embora tenha sido plenamente acolhida pelo ordenamento jurídico, especialmente com fundamento e orientação no princípio da boa-fé objetiva, sendo constantemente aplicada pelos Tribunais e até mesmo reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas decisões.

Em razão da ausência de uma previsão legal específica acerca de parâmetros para aplicação da mencionada teoria, sua apreciação fica a cargo do interprete do direito, precisamente do poder judiciário, que julgará as ocorrências quando lhe forem expostas.

Ocorre que a ausência de parâmetros concretos para aplicação do instituto pode trazer certa insegurança jurídica, fato que exige um maior debate e análise, a fim de ser possível alcançar, ou ao menos aproximar-se, de uma maior justiça nas decisões.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

No direito romano havia a possibilidade de rescisão do contrato por inadimplemento, apenas em casos excepcionais e desde que prévia e expressamente pactuado entre as partes. A resolução dos contratos apenas começou a se desenvolver da maneira que estudamos a partir do direito Canônico e posteriormente no direito Francês com o Código Napoleônico.³

³ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial* — 2. ed. — São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38-39

Embora com a possibilidade de resolução do contrato, existia ainda a controvérsia acerca de saber qual inadimplemento seria capaz de ensejar o desfazimento do negócio jurídico. No direito inglês, buscou-se resolver essa questão, com o entendimento de que somente o inadimplemento de uma prestação dependente (*condition*) poderia ensejar a resolução do contrato. Isso porque sugeria-se que “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”.⁴ A controvérsia permaneceu para os ingleses, em razão da dificuldade em distinguir os dois institutos, que abarcavam um conceito subjetivo, podendo gerar certas injustiças nas decisões.

Os critérios encontrados e utilizados para diferenciar *conditions* e *warranties* eram a vontade das partes, no sentido de que elas mesmas poderiam pactuar em contrato a sua própria distinção entre as figuras postas. O outro critério analisado era o valor e impacto que os deveres pudessem afetar na economia do próprio contrato. Ocorre que, como indicado no parágrafo anterior, a análise da natureza do dever descumprido, ou seja, realizar essa distinção entre os dois tipos de deveres mencionados (*condition e warranty*), na prática ainda poderia levar à certas injustiças e insegurança jurídica.

Nesse sentido, a doutrina anglo-saxã evoluiu para analisar a gravidade e consequência da infração como parâmetro para resolução do contrato. Em caso de descumprimento leve somente admitia-se pleitear perdas e danos, em caso de descumprimento grave admitia-se a resolução do contrato⁵.

Partindo dessa evolução histórica, ilustrada de forma breve e concisa, percebe-se que a figura e o conceito do *substantial performance* nasceu e se desenvolveu no campo do direito anglo-saxônico, o que posteriormente acabou por influenciar inúmeros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

A título exemplificativo destaca-se que a teoria do adimplemento substancial está prevista expressamente no Código Italiano, especificamente no artigo art. 1.455, que prevê a impossibilidade de resolver o contrato em caso de inadimplemento de pouca importância⁶. Ainda em relação às legislações estrangeiras, salienta-se que o Código Civil

⁴ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial* — 2. ed. — São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

⁵ BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*. Rio Grande do Sul: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 9, n. 1, p. 61-77, 1993, p. 62.

⁶ O artigo de lei retirado da legislação italiana tem os seguintes dizeres: Art. 1455 *Importanza dell'inadempimento: Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa*

Alemão e Português também possuem essa teoria positivada, ainda que com certas distinções específicas a cada um deles, mas certo que o poder legislativo se preocupou de regulamentar o instituto para orientação e aplicação pelo poder judiciário.

No Brasil, diferentemente do que ocorre nos ordenamentos jurídicos acima citados, inexistente previsão expressa acerca da teoria do adimplemento substancial. Em sentido contrário à teoria, o que se encontra positivado no Código Civil de 2002 é a previsão do artigo 475⁷, no sentido de autorizar que o credor possa escolher desfazer o negócio quando verificar o inadimplemento do devedor. Sobrevém, porém, a questão de que o diploma legal não indica qual seja o inadimplemento apto a ensejar a sugerida resolução do contrato, dando-se a falsa ilusão de que seria de qualquer tipo. Todavia, esta generalização não se mostra correta, visto que importaria em séria injustiça, já que a resolução do contrato deve ser enfrentada como medida extrema, não podendo ser tratada com os mesmos efeitos o inadimplemento grave e o de pequena repercussão no contrato.

Por essa razão, ainda que não expressa, a teoria do adimplemento substancial é perfeitamente acolhida e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, aliado ao princípio da função social do contrato, assim como a vedação ao abuso de direito e enriquecimento ilícito.

Vale ressaltar, a título informativo e orientador do presente trabalho, que, igualmente ao direito civil brasileiro, em que a teoria do adimplemento substancial não está positivada mas é corretamente aplicada pela doutrina e pela jurisprudência, caminha o direito Espanhol e o Argentino, já que suas codificações também não preveem expressamente a teoria, mas ela é aplicada pela jurisprudência⁸.

A teoria do adimplemento substancial relaciona-se com o princípio da conservação do negócio jurídico, propondo-se uma inversão dos parâmetros antigamente analisados de priorizar o inadimplemento, passando a dar mais importância para o adimplemento, ainda que parcial, mas que se releve essencial à continuidade do contrato,

importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901). Trecho de lei obtido no endereço eletrônico http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm.

⁷ Nos termos do artigo 475 do Código Civil: Art. 475. 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.

⁸ BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50-52.

sem, contudo, legitimar a mora e o inadimplemento. Assim, nas palavras de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf:

O adimplemento substancial é construção doutrinária e jurisprudencial, que realiza os princípios da função social do negócio jurídico e da equivalência material de direitos e deveres dos participantes, com fortes repercussões nos tribunais. Inverte-se a primazia do inadimplemento para o adimplemento ou satisfação subjetiva e essencial do crédito, segundo o princípio da conservação do negócio jurídico. Não tem por finalidade legitimar a mora ou o inadimplemento, mas restabelecer a equidade contratual, que não pode ser desconsiderada, para que, em contrapartida, não se legitime o enriquecimento sem causa, quando se considera de modo absoluto a regra formal de *pacta sunt servanda*⁹.

Destaca-se, portanto, que o conceito e finalidade da teoria do adimplemento substancial é limitar o direito do contratante não inadimplente à resolução do contrato, quando verificado que o descumprimento da outra parte não assume grande gravidade, a ponto de retirar a utilidade do contrato.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO DIREITO OBRIGACIONAL CONTEMPORÂNEO

O direito das obrigações, assim como o direito contratual, sofreu ao longo dos tempos diversas modificações. Analisando o contexto histórico, percebe-se que durante os tempos romanos, o Código Civil “sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo enquanto tal”¹⁰, distanciando-se assim do direito constitucional.

A codificação civil, que tem seu auge no Código Napoleão em 1804, inicialmente se amoldou ao advento de um Estado Liberal, preocupado apenas com o aspecto patrimonial do indivíduo e pouco preocupando-se com o bem-estar social¹¹. Todavia, o aspecto de um Estado meramente liberal foi demonstrando aos poucos sinais de fraqueza,

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*, vol. 4: direito das obrigações, 1ª parte: das modalidades das obrigações, da transmissão das obrigações. 40. ed. — São Paulo: Saraiva, 2015, p. 327

¹⁰ LOBO, Paulo. *Direito civil: obrigações I* - 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 13.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos dos Contratos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. — Bahia: Juspodivm, 2012, p. 32.

especialmente por não conseguir resolver os conflitos que a sociedade constantemente apresentava.

Nesse sentido, com a percepção de que o ordenamento jurídico não podia permanecer inerte às crescentes desigualdades, surgiu um Estado Social, de cunho intervencionista, voltado a uma perspectiva de valores a prevalência da igualdade, equilíbrio das partes, cooperação, lealdade entre outros princípios que levam a mitigação da autônoma privada. Nas palavras de Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, “fica evidenciada a função social do contrato na propagação dos objetivos presentes no chamado Estado Social e na eficiência dos valores básicos do Direito”¹².

Muda-se, portanto, de perspectiva e o Código Civil passa a ser interpretado conforme a Constituição Federal e não o contrário. Percebe-se uma valorização dos princípios constitucionais fundamentais para interpretação do direito das obrigações e o direito contratual, mitigando-se assim a antiga dicotomia público/privado. Assim, nas palavras de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Sendo a Constituição o centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia público/privado, pois não mais existem espaços imunes ao alcance de parâmetros normativos substancialmente mais justos¹³.

Para entender plenamente o direito das obrigações deve-se analisar a própria evolução dos negócios jurídicos, especialmente com relação aos princípios adotados. Ainda nas palavras de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, a autonomia privada sofreu grande mitigação com a inserção de um Estado Democrático de Direito e afastamento do Estado Liberal, sendo que, em suas palavras, atualmente “requer uma constante ponderação entre a autonomia e o princípio da solidariedade, que no plano do direito privado é concretizado pelos princípios da boa-fé objetiva, função social das obrigações e justiça negocial”¹⁴.

¹² GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos dos Contratos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. – Bahia: Juspodivm, 2012, p. 93.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos dos Contratos* – 2. ed. rev., ampl. e atual. – Bahia: Juspodivm, 2012, p. 93.

Aos princípios contratuais clássicos, centrados na autonomia da vontade, na força obrigatória, são somados três novos princípios orientadores, quais sejam, a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio econômico do contrato. Os princípios acima destacados, ditos contemporâneos, têm como função mitigar os efeitos dos clássicos, como meio de se atingir a justiça e afastar desequilíbrios constantemente percebidos no âmbito contratual.

Dos princípios que atualmente regem nosso ordenamento jurídico, a boa-fé objetiva possui maior relevância e importância, porque permite alcançar, ou ao menos chegar o mais próximo, de uma efetiva justiça. Desta forma, a posituação da boa-fé objetiva e a sua inserção como cláusula geral no ordenamento jurídico pátrio é uma extraordinária contribuição para o direito civil brasileiro, especialmente no direito obrigacional.

O princípio da boa-fé objetiva, em razão de seu caráter de cláusula geral, atua em um conceito aberto para análise de cada situação em concreto, trazendo assim uma ampla e geral possibilidade de interpretação dos artigos de lei, especialmente os que se referem ao direito das obrigações. Tal situação encontra-se em verdadeira consonância aos anseios da sociedade, visto que permite decisões de cunho axiológico e não meramente positivista, ou seja, abarcando a valoração de cada situação.

A esse respeito, destacam-se as palavras de Eugênio Kruchewsky, citado no livro de autoria de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal, a enfatizar que o princípio da boa-fé objetiva é um comportamento leal e com sinais de cooperação entre as partes, fazendo com em uma relação obrigacional se exija que as partes “tenham uma atitude proativa, zelando pela realização do direito alheio, a fim de que tudo quanto programado [...] seja efetivamente atingido”¹⁵.

Destaca-se que atualmente parte da doutrina tem acolhido e desenvolvido a tese no sentido de que o direito obrigacional não deve ser mais considerado algo estático, passando a ser visualizado como um processo, do qual ambas partes possuem direitos e deveres. Assim, nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira: “há, assim, a consideração da obrigação como um processo em que o credor também tem dever de cooperar para fins

¹⁵ KRUCHEWSKY, Eugênio apud. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações* – 9. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 129.

do adimplemento baseado no princípio da boa-fé objetiva, sem que por óbvio não seja obrigado ao cumprimento da prestação principal”¹⁶.

Nos ensinamentos de Clovis do Couto e Silva, o princípio da boa-fé encontra-se fortemente inserido no direito das obrigações, valendo transcrever suas palavras:

Em nossos dias, cresceu extraordinariamente, em importância o da boa-fé, em virtude da revisão por que passou a teoria geral das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias, motivadas, em grande parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico¹⁷.

Essa visão contemporânea do direito obrigacional afasta-se de uma interpretação meramente patrimonial, passando a ser orientada por valores e princípios constitucionais, tais como o citado princípio da boa-fé objetiva, e também os princípios da função social, eticidade, dentre outros que devem permear toda e qualquer relação jurídica.

Com relação ao direito das obrigações é perfeitamente visível a proteção que o Código Civil garante ao sujeito que estiver de boa-fé, inclusive quando se trata do devedor da obrigação, sendo certo que esse princípio se estende a toda a relação obrigacional, até mesmo com relação ao inadimplemento, como será adiante demonstrado.

4 A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL APLICADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mesmo na vigência do Código Civil de 1916, marcado pelo excesso do patrimonialismo, já era possível visualizar a adoção da teoria do inadimplemento substancial, cujo propulsor foi Clovis do Couto e Silva, adotada pela jurisprudência minoritária e com fundamento no princípio da boa-fé objetiva¹⁸. Ainda para o referido autor, cuja obra foi citada no livro de Eduardo Luiz Bussata, convém transcrever o trecho extraído das notas explicativas, que demonstra a preocupação quanto ao fim do contrato já no antigo Código:

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. - 25. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 5.

¹⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 23

¹⁸ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90

Sobre o fim do contrato, assinala Clóvis do Couto e Silva: “A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas a finalidade da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte. Não se cuida, aí, do motivo, de algo psicológico, mas de um ‘plus’ que integra o fim da atribuição, e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse ‘plus’ torna o inadimplemento insatisfatório e imperfeito [...]” (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 40).¹⁹

Com a introdução de um direito obrigacional contemporâneo, especialmente em razão das disposições presentes no Código Civil de 2002, pautado nos princípios constitucionais fundamentais, destacando-se a boa-fé objetiva e a função social como anteriormente indicados, a teoria do adimplemento substancial passou a ter mais visibilidade no ordenamento jurídico.

O diploma civil vigente, conforme foi dito, trouxe grande inovação quanto à necessidade de aplicação de princípios basilares às relações jurídicas. Situação que permite com que a teoria do adimplemento substancial passe a ingressar no campo de atuação do interprete jurídico, especialmente porque está fundamentada no artigo 422 do Código Civil, cuja redação perpassa a ideia de que o credor encontra limites inclusive na resolução do contrato. Assim nas palavras de Vivien Lys Porto Ferreira da Silva:

A conceituação deste construto ganha relevo por meio da introdução do princípio da boa-fé na codificação, no capítulo destinado aos contratos, como requisito de validade de conclusão e de execução, ao ser disposto expressamente na norma positivada do artigo 422 do Código Civil atual, trazendo consigo o delineamento da Teoria do adimplemento substancial como exigência e fundamento do princípio consagrado em clausula geral aberta na relação contratual. É pela observância de tal princípio que esta teoria solidifica-se, especialmente fortificando-se como instrumento inibitório da resolução do contrato, ainda com base na tese construída por Clóvis do Couto e Silva.²⁰

Embora amplamente acolhida e praticada no ordenamento jurídico, a teoria do adimplemento substancial não está positivada em nenhum artigo do Código Civil. Nesse

¹⁹ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial* — 2. ed. — São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38-39

²⁰ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93

sentido, é de expressa importância a utilização dos princípios contemporâneos para interpretar os contratos e as obrigações, com vista à sua aplicação. Caso contrário, se os negócios jurídicos forem interpretados restritamente ao texto legal, especificamente ao que disciplina o artigo 475 do Código Civil, entender-se-ia que todo e qualquer inadimplemento levaria à medida extrema de resolução do contrato.

Nesse contexto, destaca-se que a teoria do adimplemento substancial se justifica pelo próprio princípio da boa-fé objetiva. Assim, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O inadimplemento mínimo é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos. Atualmente, é possível questionar a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual pelo credor, em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor, mas em que, todavia, não tenha suportado adimplir uma pequena parte da obrigação. Em complemento, destaca o Enunciado 361 do Conselho de Justiça Federal: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”²¹

A teoria do adimplemento substancial tem aplicação incontroversa no ordenamento jurídico nacional, sendo acolhida pela doutrina e jurisprudência, inclusive o Conselho da Justiça Federal, ao promover a IV Jornada de Direito Civil, também entendeu pelo aproveitamento da teoria ao estabelecer os enunciados 361²² e 371²³.

5 A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS QUALITATIVOS E QUANTITATIVOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial, embora não positivada, foi recebida no ordenamento jurídico e assim vem sendo corriqueiramente aplicada no direito brasileiro. No entanto, justamente por não existirem parâmetros e regras normativas específicas

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações* – 9. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 495.

²² A esse respeito transcreve-se o Enunciado 361: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

²³ E ainda, vale destacar o Enunciado 371: “A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva”.

acerca de sua aplicação, em determinados momentos acaba-se proporcionando uma certa insegurança jurídica quanto à sua aplicação.

A título exemplificativo, é possível encontrar antigas decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o inadimplemento de apenas uma parcela do contrato de alienação fiduciária não autoriza a rescisão do contrato²⁴. Percebe-se que para essas decisões a teoria do adimplemento substancial foi utilizada de forma com análise apenas no aspecto quantitativo e matemático do inadimplemento, desconsiderando outras questões pertinentes a obrigação, como por exemplo a natureza do contrato, a utilidade ou não da prestação²⁵.

Destaca-se, no entanto, que uma aplicação irrestrita e sem uma definição de critérios pode não trazer segurança jurídica, correndo o risco de banalizar o instituto do *substantial performance*, afastando-o de sua essência, natureza e propósito.

Há diversos tipos de contratos, não sendo adequado analisar os respectivos inadimplementos de forma idêntica e padronizada. Nesse sentido, admitir apenas o

²⁴ Nesse sentido é a decisão do RESp 272.739/MG, cuja ementa é a seguinte: EMENTA: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 272.739/MG. Relator: AGUIAR, Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DJ de 02/04/2001).

²⁵ Nesse sentido é a decisão do RESp 1051270/RS, cuja ementa é a seguinte: EMENTA: 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 adimplemento 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. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1051270/RS. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Publicado no DJ de 05/09/2011)

critério quantitativo matemático para analisar o adimplemento substancial é um erro que pode trazer evidente desequilíbrio contratual.

Vale ressaltarmos que não há regra absoluta e matemática para medir o adimplemento substancial, sendo necessário analisar caso a caso de acordo com o programa contratual convencionado, sob o princípio da boa-fé objetiva que definirá a exata extensão entre a parte executada e a proporção mínima da obrigação descumprida, cuja valoração caracterizará o inadimplemento ou a inexecução de escassa importância.²⁶

Ao realizar uma análise da evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, pode-se observar que, já no ano de 1995, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 2002, foi proferida decisão no REsp 76.362/MT, que demonstra a preocupação de aplicar a teoria do adimplemento substancial não meramente por análise de critério quantitativo e matemático, ou seja, a quantidade de parcelas que não foram cumpridas, mas também com análise de critérios qualitativos, traduzidos especialmente pela observância de uma conduta pautada na boa-fé e os seus deveres anexo, como observa-se pelas três razões elencadas pelo Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar ao justificar o adimplemento substancial:

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 três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a 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 juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido.²⁷

A partir do referido exemplo, é possível visualizar que os critérios adotados já naquela decisão foram qualitativos, no sentido de que a empresa credora sempre recebeu as parcelas do contrato em atraso, assim como o inadimplemento mínimo da obrigação

²⁶ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 76.362/MT. Relator: AGUIAR, Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DJ de 01/04/1996.

não seria capaz de extinguir o contrato. Em outras palavras, no referido Acórdão não foi adotado somente o critério matemático, abrindo-se espaço para o aprimoramento da discussão acerca de critérios qualitativos.

Essa tendência em adotar um critério qualitativo felizmente vem sendo aplicada nas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando-se assim há uma maior preocupação em aplicar a teoria do *substantial performance* com vista a critérios qualitativos e não meramente matemáticos.

Nesse sentido, deve-se observar sobretudo a boa-fé do devedor em sua inadimplência, que seria o critério qualitativo a ser considerado, assim como ponderar se o descumprimento do contrato é mínimo, em análise ao critério quantitativo, para então decidir se no caso em concreto é mais adequado preservar o contrato sem a sua rescisão, sanção máxima do inadimplemento. A título exemplificativo, pode-se indicar o REsp 1581505/SC, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 18/08/2016, no qual fica clara a utilização de critério qualitativo para aferição da teoria, valendo transcrever sua ementa na íntegra.

EMENTA: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. 2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "*Teoria do Adimplemento Substancial*" não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descuidar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. 3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917). 4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.²⁸

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1581505/SC. Relator: FERREIRA, Antonio Carlos. Publicado no DJ de 28/09/2016.

No entanto, ainda que os Tribunais, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, estejam convergindo a uma análise da teoria do adimplemento substancial a partir de critérios qualitativos e quantitativos, ainda é possível verificar injustiças e por certo insegurança jurídica. Isso porque em recente decisão envolvendo o contrato de alienação fiduciária, o Superior Tribunal entendeu ser possível ajuizar Ação de Busca de Apreensão para os casos de inadimplemento do devedor, ainda que mínimo. O recente fundamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no polêmico REsp 1.622.555/MG, julgado em 22/02/2017, é no sentido de que são distintas a natureza jurídica da ação de rescisão contratual e da ação de busca e apreensão. Logo, o ajuizamento desta última não implicaria em violar a teoria do adimplemento substancial, posto que pretende apenas buscar o cumprimento da obrigação de forma imediata e autorizada pela lei. Veja-se o julgado citado:

EMENTA: recurso especial. Ação de Busca e Apreensão. Contrato de financiamento de veículo, com alienação fiduciária em garantia regido pelo decreto-lei 911/69. Incontroverso inadimplemento das quatro últimas parcelas (de um total de 48). Extinção da ação de busca e apreensão (ou determinação para aditamento da inicial, para transmudá-la em ação executiva ou de cobrança), a pretexto da aplicação da teoria do adimplemento substancial. Descabimento. 1. Absoluta incompatibilidade da citada teoria com os termos da lei especial de regência. Reconhecimento. 2. Remancipação do bem ao devedor condicionada ao pagamento da integralidade da dívida, assim compreendida como os débitos vencidos, vincendos e encargos apresentados pelo credor, conforme entendimento consolidado da segunda seção, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (REsp n. 1.418.593/MS). 3. Interesse de agir evidenciado, com a utilização da via judicial eleita pela lei de regência como sendo a mais idônea e eficaz para o propósito de compelir o devedor a cumprir com a sua obrigação (agora, por ele reputada ínfima), sob pena de consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário. 4. Desvirtuamento da teoria do adimplemento substancial, considerada a sua finalidade e a boa-fé dos contratantes, a ensejar o enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária. Verificação. 5. Recurso especial provido. (...) ²⁹

Não se pode olvidar que o argumento levantado pelo Superior Tribunal de Justiça na decisão do REsp 1.622.555/MG acima transcrito, no sentido de que a natureza da ação de rescisão e a busca e apreensão tenham naturezas jurídicas distintas, de fato guarda certa e considerável relevância jurídica. No entanto, aparentemente a decisão adotada não

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1622555/MG. Relator: BUZZI, Marco. Publicado no DJ de 16/03/2017.

se ateve a uma análise dos referidos critérios quantitativos e qualitativos, pois não priorizou a análise do impacto do inadimplemento naquela obrigação, e se o consumidor durante todo o contrato havia agido em atenção ao princípio da boa-fé ou não.

Como demonstrado ao longo do presente artigo, para a aplicação da presente teoria deve-se ter o cuidado de analisar cada caso em concreto, não sendo admitida a aplicação de critérios padrões e matemáticos, pois há diversos tipos de contratos e inúmeros desdobramentos quando aos inadimplementos, sendo assim, tratando-se de situações distintas entre si não se pode adotar o mesmo critério para todos os casos que o poder judiciário irá analisar.

Enquanto inexistente uma legislação específica que apresente os critérios a serem adotados, o referido trabalho permanece com o intérprete da lei, e em especial ao magistrado, que deverá analisar a gravidade da infração contratual, os desdobramentos em relação a obrigação, e sobretudo a conduta do devedor e do próprio credor. Assim, nas palavras de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Para quem possui uma percepção nítida da boa-fé objetiva, deve incluir-se entre as atribuições do magistrado a análise da gravidade da infração contratual, não sendo crível o desfazimento de uma significativa relação jurídico-econômica pelo fato do insignificante descumprimento da avenca. Em outras palavras, na linha do princípio constitucional da proporcionalidade, o desfazimento do contrato pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes, comparativamente à opção de manutenção do contrato. Na falta de uma pequena parcela para o alcance do adimplemento, é coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção da prestação faltante (v.g., ação de execução ou monitoria), e não a pura e simples resolução contratual.³⁰

Em regra, tradicionalmente se espera que o devedor guarde uma conduta proba e honesta com relação ao adimplemento da obrigação. No entanto, esse entendimento há muito foi superado, pois deve-se analisar as obrigações e especialmente os contratos em uma via de mão dupla, na qual o credor além de direitos também tem deveres, incluindo o de respeitar os princípios contemporâneos como o da boa-fé objetiva. Quer dizer, hoje não mais se espera; exige-se.

Desta forma, tendo em vista a necessidade de o credor se portar de forma proba, honesta e em cooperação ao credor, não se pode perder de vista que a sua conduta em

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações* – 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 495.

determinada situação também deve ser analisada em um critério qualitativo para aplicação da teoria do adimplemento substancial, isso porque, se verificada eventual postura inadequada com a contribuição para o adimplemento do contrato, a não observância da boa-fé pelo credor, pode ser um fator que contribua para desvanecer o seu direito resolução do contrato e exercício ao artigo 475 do Código Civil, prevalecendo o adimplemento substancial, ainda que o devedor não tenha um significativo adimplemento do contrato, mas demonstre a sua boa-fé e pertinência para continuidade da obrigação.

CONCLUSÃO

O adimplemento substancial, embora não previsto em artigos do Código Civil, foi acolhido no ordenamento jurídico brasileiro com fundamento especialmente no princípio da boa-fé objetiva, assim como em outros princípios esparsos como a função social do contrato e a vedação ao abuso de direito. Constitui-se em mecanismo para evitar a resolução de contratos quando verificado que o inadimplemento do contrato é ínfimo e não se revela suficiente para pôr fim ao negócio jurídico.

Entretanto, justamente por não existir um regramento jurídico específico, como ocorre em outros países que adotam o instituto em questão, no Brasil a aplicação da teoria do adimplemento substancial pode encontrar certa insegurança jurídica, especialmente em razão de atuais decisões adotarem critérios meramente quantitativos e matemáticos, deixando de lado os critérios qualitativos - que mostram-se até mesmo mais importantes - ou quando não, sequer aplica-los, como observa-se em algumas situações.

É certo que cada modalidade de contrato difere uma da outra e, portanto, o inadimplemento do contrato tem um peso diferente para cada uma delas. Quando se analisa o inadimplemento de uma obrigação que envolve prazo, certamente não é viável a aplicação da teoria pois o inadimplemento traz para o credor o desinteresse quanto ao cumprimento do restante do contato, porém quando está diante de um inadimplemento meramente monetário a aplicação da teoria fica ainda mais acessível.

Todavia, não deve ser adotado um critério meramente matemático para ponderar a sua aplicação, ou seja, não se pode considerar que a teoria aplica-se apenas para o caso do cumprimento de 90%, 80% ou 70% do contrato, pois há casos em que mesmo não sendo matematicamente ínfimo o inadimplemento, há questões que devem ser analisadas

(critério qualitativo), como por exemplo, a autorização do credor em receber parcelas de forma atrasada, a boa-fé do devedor que demonstrar não ter adimplido o contrato por questões supervenientes e não apenas desinteresse, a própria natureza do contrato e se é permitida a indenização ao invés da resolução como forma de preservar a segurança do negócio jurídico.

Conclui-se com o presente estudo que para evitar a insegurança jurídica o mais ideal seria a positivação da referida teoria com adoção de critérios expressos no diploma legal, limitando assim o campo de interpretação do judiciário na apreciação do caso em concreto para evitar que injustiças sem perpetradas.

Todavia, ainda está longe de uma mudança legislativa tão significativa para o direito obrigacional, razão pela qual, é necessário que ao menos sejam adotados cumulativamente critérios quantitativos e qualitativos para apurar a ocorrência ou não de um adimplemento substancial.

REFERÊNCIAS

BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*. Rio Grande do Sul: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 9, n. 1, p. 61-77, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 76.362/MT. Relator: AGUIAR, Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DJ de 01/04/1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 272.739/MG. Relator: AGUIAR, Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DJ de 02/04/2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1622555/MG. Relator: BUZZI, Marco. Publicado no DJ de 16/03/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1581505/SC. Relator: FERREIRA, Antonio Carlos. Publicado no DJ de 28/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1051270/RS. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Publicado no DJ de 05/09/2011.

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

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica* — 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações* — 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. _____. *Direitos dos Contratos* — 2. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.

LOBO, Paulo. *Direito civil: obrigações I* - 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil, vol. 4 : direito das obrigações, 1ª parte: das modalidades das obrigações, da transmissão das obrigações*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. - 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.