



RAFAEL DO NASCIMENTO TALEVES RECH

**TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – A NOVA VISÃO ADOTADA PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

CURITIBA

2020

RAFAEL DO NASCIMENTO TALEVES RECH

**TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – A NOVA VISÃO ADOTADA PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Robson Luiz Santiago

CURITIBA

2020

TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE

À Coordenadoria de TCC

Acadêmico: Rafael do Nascimento Taleves Rech

Título do Trabalho: A teoria do adimplemento substancial – A nova visão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça

Curitiba, 13 de julho de 2020.



Assinatura do Acadêmico: Rafael do Nascimento Taleves Rech

Agradecimentos

De plano, gostaria de agradecer ao Mestre Robson Luiz Santiago, pessoa de inigualável sabedoria, a quem tenho imensa gratidão e admiração.

Agradeço ainda a minhas irmãs, Jenifer e Ana Carolina, pelo aconchego de estarem sempre presentes, mesmo que tão distantes.

Agradeço imensamente ainda a Professora Bruna Simioni, cujos grandes ensinamentos não só me auxiliaram na vida acadêmica, como também me transformaram em um homem melhor.

Dedicatória

Dedico este trabalho a Deus, que mesmo nos momentos mais difíceis, esteve presente.

Dedico também aos meus pais, Ernandes e Marli, fontes de inspiração e conforto, onde ainda que distantes durante minha vida acadêmica, estiveram sempre ao meu lado, incansavelmente e me dando todo o suporte necessário para que essa trajetória pudesse ser concluída. Eu amo vocês!

O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi. Não se poderia situar, no tempo, na evolução jurídica, cada enunciado do sistema lógico; nem se colheria o que estava na psique dos elaboradores da lei, porque estava no ambiente social (e continuou de estar), e se supôs incluso nos textos, ou entre os textos; nem se poderiam fixar certos conceitos, nem se determinariam certas categorias, que têm os seus limites marcados pelos fios históricos. Ainda onde o direito mudou muito, muito se há de inquirir do que não mudou. O direito muda muito onde em muito deixou de ser o que era.

(Pontes de Miranda, Prefácio do Tratado de Direito Privado)

RESUMO

Considerando que a relação obrigacional já não pode mais ser reconhecida como uma mera interação entre sujeitos com objetivos distintos, além de estarmos num sistema jurídico positivo, desperta-se a aspiração em avaliar a Teoria do adimplemento substancial. Para isso, é necessário investigar e estudar o desenvolvimento da Teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*), iniciando pelo histórico Direito Britânico, *Common Law*, e o contexto do século XVIII, época em que surgiu a Teoria. Tais peculiaridades e mudanças serão analisadas a partir de então, a fim de ampliar o comportamento da Teoria no decorrer do tempo e propiciar conhecimento na continuidade do estudo. Ademais, busca-se adentrar também no contexto histórico de julgamentos realizados em nosso sistema jurídico, pós-importação da Teoria, verificando-se as diversas interpretações adotadas pelo Poder Judiciário no período. Por fim, é crucial delimitar a extensão da Teoria a fim de analisar o seu desenvolvimento histórico no Superior Tribunal de Justiça, que de tempos em tempos, refaz as balizas de aplicabilidade da *Substantial Performance*, servindo como base ao aparelho jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Teoria do adimplemento substancial. Obrigações. Contratos. Inadimplemento obrigacional. Superior Tribunal de Justiça.

RESUMO

Considering that the obligatory relationship can no longer be recognized as a mere interaction between subjects with different objectives, in addition to being in a positive legal system, the aspiration to evaluate the Theory of substantial performance is awakened. For this, it is necessary to investigate and study the development of the substantial performance theory, starting with the historic British Law, Common Law, and the context of the 18th century, when the Theory emerged. Such peculiarities and changes will be analyzed from then on, in order to expand the Theory's behavior over time and provide knowledge in the continuity of the study. Furthermore, it seeks to enter into the historical context of judgments made in our legal system, post-importation of Theory, verifying the various interpretations adopted by the Judiciary in the period. Finally, it is crucial to delimit the extension of the Theory in order to analyze its historical development in the Superior Court of Justice, which from time to time remakes the beacons of applicability of Substantial Performance, serving as a basis for the Brazilian legal apparatus.

Keywords: Substantial performance theory. Rights of duties. Contracts. Default of Obligations. Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES: CONCEITOS E EFEITOS	10
3 MORA DO DEVEDOR: INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E DA MORA.....	14
4 A BOA FÉ OBJETIVA E O LOCUPLETAMENTO ILÍCITO:	17
4.1 EFEITOS DA BOA-FÉ OBJETIVA SOB A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	20
5 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – HISTÓRICO.....	23
6 O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO CONTEXTO CIVIL LAW.....	26
7 O JULGAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	30
8 HISTÓRICO DE JULGAMENTOS DO STJ SOBRE A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	31
8.1 O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 415971/SP.....	33
8.2 A NOVA VISÃO ADOTADA JULGAMENTO DO RESP. Nº 1.581.505 - SC (2015/0288713-7).....	35
9 PACTA SUNT SERVANDA – A INFLUÊNCIA DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA (LEI Nº 13.874/19) NA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	38
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
11 REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, iniciou-se um novo sistema jurídico-histórico que renovou o cenário interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro, que, por sua vez, é complexo e único.

Esta nova visão foi marcada por incluir uma nova tendência humanista do direito, elemento retirado do novo modelo democrático constitucional, cuja ênfase é a dignidade humana.

Assim, é inevitável que a nova visão constitucional se torna basilar para os demais ramos do Direito, repercutindo diretamente na vida dos brasileiros.

Nesse sentido, o Direito Civil na contemporaneidade passa a repensar o sistema jurídico “privado”, voltado para o ser humano e suas inter-relações, sempre pensando na dignidade humana como fonte primordial destes vínculos.

Nesse sentido, as relações jurídicas, principalmente aquelas que envolvem credor e devedor, representam boa parte do estudo do Direito Civil, já que é através dela, que se estudam os efeitos dos possíveis comportamentos das partes que realizam determinado negócio jurídico.

É, nesta linha, que o direito contratual emerge, trazendo com ele, as obrigações decorrentes das relações jurídicas, suas balizas e efeitos, quando devidamente adimplidas ou quando não adimplidas.

Desta maneira, o presente estudo tem o objetivo de analisar as relações obrigacionais, os princípios basilares, seus efeitos e a jurisprudência a cerca dos elementos decorrentes do contrato quando adimplido e inadimplido.

Um dos efeitos decorrentes do inadimplemento contratual pode ser a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, tema central da presente monografia.

Destarte, para o melhor entendimento da Teoria, serão abordados ainda os seguintes assuntos: o conceito e efeitos do instituto do inadimplemento; as implicações do inadimplemento absoluto e da mora; a relação dos princípios *pacta sunt servanda* e a boa-fé objetiva; os efeitos decorrentes da boa-fé objetiva na aplicação direta da teoria do adimplemento substancial.

Em vista disto, será apresentado ainda o estudo histórico e evolutivo da teoria do adimplemento substancial, bem como sua aplicação no direito internacional, seja no âmbito do sistema *common law* e , quanto no sistema *civil law*.

Por fim, serão expostos alguns julgados que determinaram os limites e consequências da aplicação da teoria do adimplemento substancial no sistema jurídico brasileiro, formando os alicerces sobre o tema.

Nesta senda, na realização da presente pesquisa foram utilizados dados bibliográficos de diversos seguimentos do direito civil, bem como dados estrangeiros, com a utilização constante do Direito Comparado, com o fito de se analisar a extensão da teoria do adimplemento substancial não só no sistema jurídico brasileiro, como também em diversos outros sistemas.

Assim, o presente trabalho tem o objetivo de apresentar aos leitores, os fundamentos, peculiaridades e a aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial.

2 O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES: CONCEITOS E EFEITOS

É mister iniciar o debate acerca do tema, pela conceituação do inadimplemento das obrigações, que, diferentemente do Código Civil anterior, o qual não define tal conceito, discorrendo, entretanto, apenas os efeitos da falta de adimplemento obrigacional.

Nesse sentido, o Código Civil assim descreve no art. 398:

“Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.”

Como de costume, ao surgir determinada relação jurídica, na maioria dos casos as obrigações são devidamente cumpridas por ambas as partes, o que acaba por satisfazer as próprias obrigações oriundas daquela relação jurídica. Em outras palavras, o cumprimento das obrigações retira o vínculo existente entre credor e devedor.

Compreende-se, nesse sentido, que o adimplemento é o cumprimento das obrigações atinentes àquela relação jurídica existente, sendo ela uma obrigação de pagar, de não pagar, de fazer ou até mesmo de não fazer¹.

Quanto ao inadimplemento, entende-se como a forma inversa do cumprimento das obrigações, isto é, a não realização da obrigação devida. Contudo, tal conceito não pode ser levado a verdade absoluta, já trata tão somente da prestação principal, excluindo-se as obrigações secundárias que podem existir na relação jurídica.

Nesse interim, é visível que o conceito do inadimplemento na não realização da obrigação e, conseqüentemente, na insatisfação do interesse do credor transparece ser a correta. Contudo, o conceito de inadimplemento deve ainda levar em consideração as obrigações secundárias também decorrentes da boa-fé objetiva, atingindo ambas as partes, ou seja, credor e devedor².

Para Massimo C. Bianca³, não basta compreender o adimplemento como sendo a simples satisfação dos interesses do credor. Deve-se, nesta linha, visualizar também os interesses do devedor da relação contratual. Nesse sentido, mesmo que a relação jurídica aponte principalmente para os interesses do credor, é necessário também observar os interesses do devedor.

Compreendidos os conceitos, observa-se que em não sendo cumpridos quaisquer das obrigações (sejam elas direitos ou deveres) por qualquer das partes, incidem automaticamente no inadimplemento, mesmo que não seja o inadimplemento

¹ SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5-13

² No Direito Romano a obrigação era vista como um vínculo estático: de um lado, o direito subjetivo de receber o crédito, de outro, o dever jurídico de pagar o débito. Nesse sentido, credor e devedor situados em pólos apartados, em posições antagônicas, sendo o primeiro, titular dos direitos e o segundo, dos deveres e nada mais. Contudo, modernamente, não mais vige esta concepção, uma vez que a relação obrigacional passou a ser compreendida como um processo de cooperação, à medida que o vínculo obrigacional passou a ser visto de forma dinâmica, dele decorrendo deveres para ambos os pólos da relação jurídica. Isso porque esta relação é polarizada por uma finalidade tutelada pelo direito: a cooperação social mediante o intercâmbio de bens e serviços. Para que tal finalidade seja alcançada, é necessário que a obrigação seja cumprida, resultando daí que a relação obrigacional deixe de ser apenas a soma de crédito e débito, estaticamente considerados. Por ser a relação obrigacional compreendida como uma ordem de cooperação, deveres anexos são agregados ao dever principal, o que permite atingir o pleno adimplemento, isto é, a satisfação total do credor em seu interesse na prestação. E, assim, os binômios credor/devedor e direito subjetivo/dever jurídico, ainda que permaneçam no cerne da relação obrigacional, já não esgotam o seu conteúdo, pois na verdade trata-se de uma relação obrigacional complexa, integrada por um conjunto de direito e deveres recíprocos, que portanto atingem ambas as partes. SILVA, Clóvis V. do Couto, **A obrigação como processo**, op. cit., p. 5-7

³ BIANCA, C. Massimo. **Inadempimento dele obbligazioni**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1979, p.9.

da obrigação principal. Em outras palavras, a falta de cumprimento de qualquer obrigação, seja ela uma obrigação principal ou secundária, por qualquer das partes - credor, devedor ou terceiro interessado ou com vínculo na relação jurídica existente -, convalida aquela obrigação em inadimplida.

Nesse interim, ao comentar sobre a obra de Michele Giorgianni⁴, observa que:

[...] ao se falar de inadimplemento, comumente se enfatiza o seu aspecto subjetivo, ou seja, o referido à culpa do devedor em face da obrigação que lhe incumbe. No entanto, o inadimplemento serve também para designar a situação objetiva, que se especifica na falta de satisfação do interesse do credor, prescindindo do comportamento culposo do devedor. O aspecto objetivo do inadimplemento assume uma função de alto relevo no sistema, dado que a culpa, ou a imputabilidade do devedor, como pressuposto da sanção de ressarcimento do dano, conforme o art. 1.218 do Código Civil italiano, nem sempre vem a constituir o pressuposto dos outros meios de tutela atribuídos ao credor diante da não-satisfação do seu interesse.

Portanto, quando o credor ou devedor deixa de cumprir determinada obrigação, pelo princípio da boa-fé objetiva e demais dispositivos da legislação vigentes, tem-se que esta obrigação está inadimplida. Deste modo, pode-se incidir responsabilidades à parte que inadimpliu, ainda que a prestação principal tenha sido cumprida.

Sobre o inadimplemento, é importante diferenciar os aspectos objetivo e subjetivo da obrigação inadimplida. Isto porque quando da incidência do inadimplemento, é comum observar apenas o efeito subjetivo, que se resume em identificar a culpa do sujeito que inadimpliu a obrigação em questão. Contudo, o inadimplemento também possui outro efeito, o objetivo, efeito exclusivo da falta de satisfação dos interesses que outrora vincularam as partes à relação jurídica.

Tal distinção é, além de necessária, importante, já que dela surgem não somente a pura e simples demonstração de inadimplemento, mais também possíveis penalidades e responsabilidades decorrentes do inadimplemento.

Nesta senda, segundo Martins-Costa⁵.

⁴ A tradicional afirmação, que funda sobre a culpa do devedor todos os remédios postos à disposição do credor, deve, por isso, ser revista: pois, de outra parte – especialmente nos contratos sinalagmáticos (com prestações respectivas) -, o interesse do credor merece proteção segura e adequada, inclusive nas hipóteses em que o adimplemento foi impedido por causas estranhas à “imputabilidade” do devedor.

LOTUFO, Renan. **Comentários ao novo Código Civil**. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 406. Disponível em https://www.academia.edu/23514325/Codigo_Civil_Comentado_-_Renan_Lotufo. Acesso em 23/02/2020.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2003, v. 5 t. 1, p. 201.

De acordo com a sistemática do Código Civil, no que se refere ao descumprimento das obrigações, parece haver lugar para falar em culpa como pressuposto do dever de indenizar. O art. 389 é expresso ao afirmar que, 'não cumprida a obrigação responde o devedor por perdas e danos', não fazendo qualquer menção a culpa. Ainda, o artigo 393 somente afasta tal responsabilidade quando ocorre caso fortuito ou força maior que, segundo a sistemática consagrada da responsabilidade civil, são excludentes do nexo de causalidade e não a culpa. Também em se tratando de mora do devedor, o art. 396 a afasta quando não houver fato ou omissão imputável ao devedor, reforçando a questão da imputabilidade já afirmada. Assim, é de todo relevante indagar se houve culpa do devedor ou não, para o descumprimento da obrigação. Apenas importa verificar se o incumprimento foi resultante de sua conduta ou de fato alheio à sua vontade. Essa forma de ver a responsabilidade contratual encontra amparo no princípio da socialidade, diretriz geral do Código, na medida em que importa em maior socialização dos riscos. Por outro lado, a 'doutrina da culpa' é de cunho estritamente individualista e liberal, visto que se entendeu ser injusta a imposição de sanção não havendo culpa provada. De fato, a tendência em matéria de responsabilidade contratual é o aumento da responsabilidade do devedor em casos de descumprimento. Prova disso é a construção doutrinária e jurisprudencial no tocante ao fortuito externo e fortuito interno. O primeiro ocorre quando o fato ou acontecimento relacionado à atividade desempenhada ao devedor, sendo, portanto, em regra, evitável, razão pela qual sua responsabilidade não resta afastada.

Outro destaque necessário é a importância de dolo ao inadimplemento. Isto porque o inadimplemento pode ser imputável ou não ao devedor, com consequências diferentes e cada caso.

Quando o inadimplemento da obrigação se der por ato da própria parte, será imputável. Contudo, se o inadimplemento não ocorrer por seu ato, não podendo ser cumprida por fato alheio, será inimputável. Deste modo, se a obrigação não foi cumprida por ato de terceiro, por força maior ou caso fortuito, trata-se de um inadimplemento inimputável aos olhos do Código Civil.

Como consequência do inadimplemento imputável, o devedor poderá incorrer em responsabilização pelas perdas e danos, se existirem diante do inadimplemento, indenizadas ao credor e, portanto, sendo o descumprimento inimputável, não é por parte do devedor, o dever indenizatório⁶.

Ademais, cumpre observar que a imputabilidade ou não de penalidades ao devedor inadimplente ainda depende da verificação de mais outros dois elementos,

⁶ BUSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo. Saraiva, 2007, Coleção Professor Agostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo, p. 24.

podendo o inadimplemento ser absoluto ou recair em mora, como será demonstrado em seguida.

3 MORA DO DEVEDOR: INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E DA MORA

Nas relações jurídicas a regra é o cumprimento voluntário e natural das obrigações impostas e, como exceção, o direito reconhece uma forma peculiar de encerramento das obrigações, baseado no inadimplemento das obrigações.

Nesta linha, a falta de cumprimento da obrigação, inexecução ou até mesmo o inadimplemento de determinada obrigação, acaba por caracterizar – ao menos tecnicamente – o descumprimento contratual.

Isto porque o credor, ao momento do pacto contratual, espera receber o que celebrou, seja ela a obrigação de dar, fazer ou até mesmo não fazer, bem como não espera e não está obrigado a receber coisa diversa daquela em que estabeleceu na relação jurídica.

O Código Civil trouxe em seu bojo espécies de inadimplemento, podendo ser absoluto (ainda que parcial), ou constituindo o devedor em mora. Sobre o inadimplemento absoluto, assim diz o ordenamento jurídico:

“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.”

Em outras palavras, o inadimplemento absoluto nada mais é que a falta de cumprimento obrigacional de determinada relação jurídica, deixando de satisfazer os interesses do credor.

É importante destacar que existe ainda a possibilidade, por parte do devedor, de cumprir com a obrigação inadimplida de forma diversa daquela compactuada, entretanto, se o credor assim entende por não aceitar, caracterizará a falta de prestação devida em inadimplemento absoluto.

Para melhor fixar, César Fiuza⁷ conceitua mora como sendo “atraso injustificável no cumprimento de obrigação, seja por parte do devedor, em pagar, seja por parte do credor, em receber.”

Nesta senda, após o surgimento da relação jurídica com a criação de obrigações entre as partes, quando não for realizada ou não houver outra forma de sua realização, caracteriza-se o inadimplemento absoluto. Por exemplo, a contratação de fotógrafo especializado para álbum de casamento em que no dia da celebração, não comparece; ou ainda a contratação de *buffet* para a celebração do casamento que, fora entregue no dia posterior ao evento.

Como se viu, são exemplos de inadimplementos absolutos, sejam elas por não terem sido realizados, ou sejam por não poderem mais satisfazer os interesses pretendidos pelo credor no momento da relação jurídica.

É evidente que a omissão não é a única causa de inadimplemento, atos em que o devedor não cumpre com a obrigação de dar, fazer ou não fazer. Tem-se ainda que a comissão também é ato causador de inadimplemento, já que quando o devedor pratica ato diverso daquele acordado, tem o credor o direito de recusar e tornar o devedor inadimplente.

É, nesse sentido, que surge o direito de resolução contratual (efeito intrinsecamente ligado a teoria do adimplemento substancial), previsto no artigo 475 do Código Civil⁸, dando ao credor a possibilidade resolver o contrato se assim preferir, quando da existência de inadimplemento por parte do devedor, deixando de lado a aplicação da Mora.

Como já tecido anteriormente, ao surgir determinada relação jurídica, ficam ambas as partes vinculadas à realizarem as prestações devidas, tanto o devedor a cumprir com sua obrigação, quanto ao credor em dar como satisfeita a dívida. Nesta senda, caso não haja o cumprimento de determinada obrigação, mas, ainda sendo

⁷Vemos, portanto, que a mora pode ser do devedor, quando se denomina *mora solvendi*, ou do credor, quando se denomina *mora accipiendi*. A mora é espécie de inadimplemento, e assim é tratada pelo legislador, ao inseri-la no título relativo ao inadimplemento das obrigações (art. 394 e ss). É evidente que difere do inadimplemento definitivo, uma vez que é remediável. FIUZA, César. **Direito Civil. Curso completo**. 17ª ed. Revista dos Tribunais. 2014, São Paulo/SP.

⁸ *In verbis*: “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.”

aceitável o cumprimento, estaremos diante da mora (e não do inadimplemento absoluto), seja ela por parte do devedor ou do credor.

Outrossim, o conceito de mora no dispositivo civil brasileiro, não pode ser compreendido tão somente pela demora na realização do pagamento, já que a própria legislação, através do artigo 394 (já descrito) abrange a sua aplicação quando transcreve os termos “tempo, lugar e forma”.

Ainda, é importante ressaltar que só se caracteriza a mora o devedor que não possui o elemento subjetivo de culpa, como demonstra o Código Civil:

“Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

Nos ensinamentos e Paulo Nader⁹:

Mora é modalidade de inexecução da obrigação, decorrente de culpa do devedor, omissão do credor ou de ambos. O inadimplemento que decorre de motivo de força maior ou caso fortuito não a configura. Via de regra, a mora provoca apenas o inadimplemento *relativo*, caracterizado pela não entrega da *res debita* no *tempo, lugar e forma* determinados em lei ou em contrato, mas podendo ainda efetivar-se proveitosamente para o credor.

Destaca-se ainda a inovação do antigo Código de 1916 e no atual (Lei nº 10.406/2002), considerando que, diferentemente de outros códigos (Romano-Germânicos), não limitou a aplicação da mora apenas ao efeito “tempo”, incluindo ainda lugar e forma em seu bojo.

À exemplo, destaca-se o Código Civil Português¹⁰, que em seu artigo 804 assim transcreve:

“DIVISÃO III
Mora do devedor
Artigo 804.º
(Princípios gerais)

⁹ Pode implicar, todavia, o inadimplemento *absoluto*, que se revela quando não há mais oportunidade para a satisfação do crédito nos termos convencionados. A situação ocorre quando o extemporâneo cumprimento torna-se impossível ou inútil para o credor, como se daria na hipótese de um técnico contratado para a filmagem de uma solenidade e que chegasse ao local após o encerramento da cerimônia. O atraso, nesta circunstância, configura uma inadimplência definitiva. Não há de se falar em mora, mas em *incumprimento* da obrigação. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Vol. 2 – Obrigações**. 9ª edição. Forense, 2019: p. 169.

¹⁰ Código Civil Português. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 20/04/2020.

1. A simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor.
2. O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido.”

Tal limitação, existe ainda no Código Francês, nos arts. 1146 e 1147, BHB, §284, Código Civil italiano, no art. 1218 e 1220, Código civil espanhol, no art. 1100 e no Código Civil Argentino, no art. 508.

No entendimento de Orosimbo Nonato (283-285)¹¹, considera-se em mora:

“o devedor que, por culpa, deixa de efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados e o credor que recusa receber o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados. A noção corrente de mora é ser ela retardo culposo no cumprimento da obrigação ou a recusa da aceitação do pagamento, por ato injusto do credor ou ausência das providências que lhe caibam no caso. Mora é assim o retardo culposo no pagamento regular da obrigação (*mora solvendi*) ou a recusa injustificada ou simples omissão de atos do credor no recebimento da prestação, sem impossibilidade – em um caso que noutro – de solução posterior.”

Ou seja, do referido conceito se extrai os dois elementos necessários para a constituição da mora: a) a transição temporal de atraso do adimplemento da obrigação, bem como o cumprimento no lugar estabelecido e da forma pactuada e; b) a prova de culpa por parte do devedor.

Destarte, é necessário também compreender que tais conceitos devem ser analisados sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva, que será analisada em seguida.

4 A BOA FÉ OBJETIVA E O LOCUPLETAMENTO ILÍCITO:

Disciplinada no art. 422 do Código Civil, o princípio da boa-fé preleciona que os “contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios de probidade e boa-fé”.

Amplamente conhecido pelos juristas, tal princípio pode ser interpretado de forma extensiva, de onde se extraem outros princípios basilares do Direito Civil e principalmente, do Direito Contratual.¹²

¹¹ NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações. Pagamento, mora, pagamento indevido**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v.1, parte 2, p. 283-285.

Em que pese hoje ser matéria de conhecimento geral, o princípio da boa-fé objetiva ganhou destaque a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8078/90), através do artigo 4º, inciso III, como vemos:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Sobre o tema, Aguar Júnior leciona que “a boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República), numa tentativa de ‘concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema’”.¹³

Apesar de hoje tipificado em norma, Paulo Nalin indica o seguinte:

Neste diapasão, é notório o exemplo tomado a partir da trajetória histórica do princípio do não enriquecimento ilícito, no contexto brasileiro, que foi, inicialmente, retratado pelo Código Civil de 1916, a partir da sua variante do pagamento indevido e, após ruidosos debates doutrinários, veio a ser merecedor de Capítulo próprio (Capítulo IV, Título VII, Livro I), na estrutura da presente codificação civil e, atualmente, ostenta envergadura constitucional, assim reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme lembrado por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes.¹⁴ (2011, p. 100)

¹² Canalizando os princípios para a função de interpretação, refere-se Luiz Dies-Picazo a **los principios rectores de la interpretación del contrato**, sendo eles: 1º - o princípio da busca real da vontade dos contratantes; 2º - o princípio da conservação do contrato; e 3º - o princípio da boa-fé (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, p. 261)

¹³ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. **A boa-fé na relação de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 20-32, abril-junho, 1995.

¹⁴ *Código civil interpretado conforme a constituição da república*, p. 751. “A decisão que causou maior controvérsia foi aquela que alçou o princípio ao nível constitucional: [...] Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – crédito – correção – princípio da não cumulatividade. Homenageia o princípio da não cumulatividade decisão no sentido de considerar-se os critérios pelo valor devidamente corrigido, isso em face da passagem do tempo até a vinda à baila de definição de legitimidade respectiva por ato da Fazenda do Estado. Descabe falar, na espécie, de transgressão a garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa (STF, 2ª T., Ag. Istr. Nº 182.458, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 4.3.1997, publ. DJ 16.5.1997).”

Nesse sentido, observa-se ainda uma constitucionalização do direito civil, intrinsecamente ligada ao estudo principiológico, porquanto superadas as suas fases de descodificação e recodificação do sistema positivo civil.¹⁵

Ao se falar em boa-fé, é necessário ao momento distinguir as duas vertentes do referido instituto: subjetiva e objetiva.

Sobre a boa-fé subjetiva, Judith Martins-Costa entende que significaria um “estado de consciência” ou “convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais especialmente em matéria possessória”, vez que em tal instituto, a posição “consciente” do sujeito, em acepção psicológica, é reconhecida por força da sua participação em dada relação jurídica.¹⁶

Deste modo, pode-se dizer que a vertente subjetiva do princípio da boa-fé está ligada na interpretação das condições do sujeito no momento da relação jurídica. A aplicabilidade da face subjetivista da boa-fé é extremamente dificultosa, eis que embora existente como ferramenta jurídica, depende ainda das análises psicológicas internas do sujeito no momento do ato jurídico.

Por outro lado, é fácil conhecer a aplicação da boa-fé objetiva e assim lecionam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior¹⁷ o seguinte:

Uma outra forma de entender a função social do contrato assegurada no Código Civil relaciona-se à boa-fé objetiva, qual seja, ao resultado habitualmente associado à realização de um determinado contrato, a justa expectativa em relação aos seus efeitos. Porém, a forma pela qual os contratos são socialmente aceitos e recepcionados pela ordem jurídica não precisaria de uma nova nomenclatura, pois a boa-fé objetiva também aparece contemplada como princípio aplicável aos contratos.
(2009, p. 21)

¹⁵ A propósito da evolução histórica da codificação e descodificação do direito civil brasileiro, **vide** TEPEDINO, G. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*, p. 9.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas geais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, pp. 24-48, Vol 753, jul. 1998, p. 41-42.

¹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*. Elsevier. 2009. p. 21.

Nesta linha, é imperioso destacar que além do disposto no art. 422, o Código Civil foi além em sustentar e assentar a ética dos contratantes em mais duas circunstâncias, diferentes, mas complementares:

a) *no art. 113*, instituindo que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (*função interpretativa da boa-fé objetiva*);¹⁸

b) *no art. 187*, instituindo como ato ilícito, a conduta do titular de um direito que, ao exercê-lo, “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nesse sentido, configurando-se ato ilícito no abuso de direito, o princípio da boa-fé acarretará na nulidade total ou parcial do contrato, sem prejuízo da reparação pelos danos eventualmente sofridos pela vítima.¹⁹

4.1 EFEITOS DA BOA-FÉ OBJETIVA SOB A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Como já tecido acima, compreende-se que a teoria do adimplemento substancial limita, pela parte não adimplente, o direito de resolver o contrato avençado entre ele, e a outra, que inadimpliu. Esse limite somente é imposto quando a falta de prestação devida for ínfima e de menor gravidade. Em outras palavras, não afetando a utilidade e a economicidade do contrato.

Entretanto, na contramão da teoria da aplicação da teoria, o Código Civil, através do artigo 475, confere ao credor o direito de resolver o contrato quando do inadimplemento pelo devedor:

¹⁸ O princípio da boa-fé, diante da vontade contratual declarada, propicia a chamada *interpretação normativa*, que nada acrescenta ao contrato, mas serve para definir “o sentido objetivo da declaração” necessário para preservar os interesses do destinatário da manifestação volitiva, visto que este confiou no sentido literal da declaração e este define o conteúdo da declaração. Segundo a boa-fé objetiva, a interpretação não é daquilo que o declarante realmente quis declarar, mas do que o destinatário pôde legitimamente considerar como querido pelo declarante, em face do conteúdo de sua declaração. Para isso, o juiz recorrerá aos critérios objetivos da boa-fé (confiança e usos nos negócios. S’assim “a confiança do destinatário” naquilo que foi declarado será protegida (FERRAND, Frédérique. *Droit privé allemand, Paris, Dalloz, 1997, n°286, pp. 301-302.*).

¹⁹ O princípio da boa-fé, no direito alemão (242 BGB) tem sido utilizado tanto para a revisão do contrato como para sua revisão (FERRAND, Frédérique, *op. cit.*, n° 292, p. 306)

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.

Pela legislação civil-brasileira, ao credor é concedido o direito de desfazer o negócio jurídico quando houver o descumprimento de alguma obrigação por parte do devedor. Contudo, o legislador optou por não informar quais os tipos de inadimplemento que concedem ao credor, a faculdade de se quiser, pedir a resolução do contrato, de modo que a interpretação dada ao referido dispositivo é que qualquer descumprimento já enseja no direito de resolver a relação jurídica.

Entretanto, o princípio *pacta sunt servanda*, possui extrema força no ordenamento jurídico nacional, de modo que a resolução do contrato torna-se excepcional e medida extrema, eis que com tal medida, aplica-se uma grande penalidade ao devedor inadimplente, perdendo a eficácia do contrato e todos os seus efeitos decorrentes deste.

Em que pese a existência do instituto da resolução contratual, este só deve ser levado em consideração quando o descumprimento obrigacional for de fato significativo e com imensa gravidade, pois se assim não for, a extinção do contrato é totalmente desproporcional e contrária aos próprios objetivos e fundamentos do contrato, sendo vedado portanto pela boa-fé objetiva.

Ou seja, a teoria do adimplemento substancial tem como alicerce justamente o equilíbrio contratual entre as partes, tendo como base o princípio da boa-fé objetiva, tornando a resolução contratual, último recurso ao credor.

É, portanto, intocável a ideia de que a teoria do adimplemento acaba por inutilizar o artigo 475 do Código Civil e os efeitos decorrentes à extinção dos contratos por descumprimento. Contudo, ainda que por tornar inefetivo o dispositivo legal, quando fundado em inadimplemento de pequena monta, percebe-se que a resolução contratual seria extremamente desequilibrada, já que as consequências do inadimplemento seriam ínfimas se comparadas com as consequências da extinção.

Aliás, sobre a matéria, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar²⁰, defende que a resolução contratual nos nas relações em que o inadimplemento é de pequena monta, acaba por se tornar uma sanção ao inadimplente, como vemos no julgado a seguir:

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. (STJ 4ª Turma, Resp. 272.739-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1º-03-2001. DJ 02-4-2001)

Outros julgados serão ainda avaliados neste estudo, a fim de traçar uma linha racional sobre a aplicabilidade da teoria e seus efeitos.

O que se percebe da ementa colacionada, é que o Superior Tribunal de Justiça opta por manter o contrato, quando se tratar de descumprimento de escassa importância, já que a resolução contratual pelo inadimplemento não se justificaria perante o princípio da boa-fé objetiva.

Deste modo, o STJ entende que se fosse concedido o direito de resolução contratual, haveria um grave desequilíbrio contratual por parte do credor, já que a mora, no caso em questão, só se deu em razão do inadimplemento da última parcela.

Nesse sentido, percebe-se que o princípio da boa-fé serve como pilar fundamental para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, já que quando o credor opta por tentar resolver o contrato, o judiciário utiliza o princípio da boa-fé para mensurar o possível desequilíbrio existente se a resolução de fato, vier a ocorrer.

O desequilíbrio, portanto, assim como a boa-fé, dimensiona a gravidade do inadimplemento e, se for de escassa importância, torna-se punitivo.

É evidente que o legislador, ao conferir o disposto no artigo 475 do Código Civil, tentou buscar segurança jurídica aos contratantes. Contudo, a resolução contratual passou a ser flexibilizada nos casos em que, comprovadamente, tem-se o princípio da

²⁰ Ementas retiradas e disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20/04/2020.

boa-fé objetiva ferida, vez que a resolução do contrato seria ato desproporcional ao inadimplemento propriamente dito.

5 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – HISTÓRICO

É cediço que a Teoria do Adimplemento Substancial não é objeto de muito estudo pela doutrina, já que a teoria não foi positivada no Código Civil de 1916, muito menos pelas demais legislações

Este instituto, ainda que não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, possui imensa relevância no estudo do inadimplemento obrigacional do Código Civil Brasileiro, bem como nas diversas legislações estrangeiras.

Antes de se adentrar ao início histórico do adimplemento substancial, é necessário contudo, esclarecer a origem da resolução contratual por inadimplemento, elementar para que a teoria pudesse ser criada.

Segundo Bussatta, citando Diez-Picasso, na antiga Roma não existia um meio jurídico para a resolução de contratos por descumprimento de obrigações por qualquer das partes. Quando do inadimplemento, a parte que cumpriu com as obrigações só tinha como meio, a ação de cumprimento da obrigação inadimplida²¹.

Na obra de Mario E. Clemente Meoro, citado por Bussatta, desvenda-se que a resolução dos contratos só veio a surgir com o Direito Canônico, através do Decreto *Quemadmodum*, escrito pelo papa Inocêncio III, que reconhecia o direito do marido em deixar a esposa considerada infiel, podendo resolver o contrato de matrimônio²².

Nesta ordem, surgindo a possibilidade de resolução contratual por falta de cumprimento de obrigações pactuadas por qualquer das partes, estende-se o estudo para definir o que seria suficiente para que a resolução venha a ocorrer. O estudo passa a ter foco, quando se percebe que o inadimplemento pode ocorrer de forma parcial, quando há somente uma parcela inadimplida.

²¹ DIEZ-PICASSO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patromonial: las relaciones obligatorias*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1996, v2., p. 700, em citação feita por BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007, Coleção Professor Agostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo, p. 34.

²² MEORO, Mario E. Clemente. *La facultade de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p.31, em citação feita por BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 33.

Com o advento da resolução contratual e, visando possíveis injustiças nos casos concretos, o *Common Law* britânico passou a adotar o entendimento de que somente o descumprimento de uma parcela dependente (*condition*) seria passível de resolução contratual, de modo que o descumprimento de uma prestação secundária ou acessória, não dependente (*warranty*), daria ao credor somente o direito a perdas e danos, mantendo-se o contrato.

Nesse sentido, estando a obrigação descumprida caracterizada como *condition*, há, pela parte contrária, a possibilidade de se buscar a resolução contratual. Contudo, se tal obrigação descumprida for caracterizada como um *warranty*, somente cabe à outra parte o direito que enseja perdas e danos.

A teoria do adimplemento substancial, teve origem no *Common Law* britânico, em meados do século XVIII, com o caso *Boone versus Eyre* onde se analisou a distinção entre a *condition* e *warranty*²³.

O caso foi emblemático e paradigmático por diversos aspectos. Dentre eles, o primeiro elemento importante de se extrair do precedente *Boone versus Eyre*, é que a decisão foi tecida por Lord Mansfield, conhecido como um dos pais liberalizadores do Direito Anglo-Saxão.

Destaca-se que Lord Mansfield foi considerado um dos bandeirantes contra o regime escravocrata na Inglaterra²⁴. Outro destaque é que o caso ainda repercute atualmente no direito contratual, por ser conhecido como o marco inicial e evolutivo do direito contratual britânico.

Em resumo, o evento tinha como objeto um contrato de compra e venda de uma propriedade na Ilha de Dominica, incluindo nesta propriedade, escravos da plantação, relação compreendida no Brasil como compra e venda com “porteira

²³ 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**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 62.

²⁴ Nota retirada e traduzida do livro **Race, Gender and Punishment From Colonialism to the War on Terror**. Mary Bosworth, Jeanne Flavin. 2007. p 21. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Ehf_uO7cMfMC&pg=PA21&lpg=PA21&dq=case+somerset+v+ste+wart&source=bl&ots=8XZgWldA1p&sig=ACfU3U3MUQA9jHiTx2k2AZifVPtkqparAQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjJ3r7uvPbkAhX5LLkGHVRzARUQ6AEwB3oECAoQAQ#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

fechada”. Em negociação, Eyre se comprometeu a pagar a Boone, £500 mais o pagamento de parcelas anuais de £160.

Eyre realizou o pagamento das £500, contudo deixou de adimplir com as £160 anuais, pois descobriu que Boone não possuía titularidade sobre os escravos. Com o inadimplemento das £160 anuais, Boone ingressou com uma ação contra Eyre. Boone perdeu a ação, pois Lord Mansfield entendeu que a questão dos escravos seria uma obrigação secundária ou até mesmo insignificante perto do todo obrigacional. Com isso, surge a ideia que gira em torno do adimplemento substancial, qual seja, a insignificância do que se deixou de cumprir diante do valor total.

Porém, como resposta ao que ficou em aberto, Eyre deveria ser solvido em perdas e danos, não em resolução da obrigação de pagar o ordenado anual. Deste modo, o caso que posteriormente veio a ser conhecido como adimplemento substancial ficou conexo às obrigações secundárias, não representando a teoria conhecida hoje, qual seja, o impedimento de resolução contratual, ainda que por descumprimento do dever principal, levando-se em consideração que o descumprimento seja irrelevante.

Ainda nesse sentido, importante relembrar a caminhada do instituto, que, com o tempo, a útil, entretanto simplista, divisão entre *conditio/warranty* foi percebida interpretada como o início de certas injustiças. Observa-se que o descumprimento insignificante de uma *conditio* seria suficiente a ensejar a resolução do contrato. Porém, o grave desrespeito a uma *warranty*, obrigação secundária, não possibilitaria tal fenômeno. Com o advento dessas “injustiças”, surge um novo conceito obrigacional no *Common Law*, o *intermediate* ou o *innominate term*, que, traduzindo, a resolução do contrato só ocorreria se houvesse desrespeito sério e suficiente. Becker acentua que, por influência dessa categoria obrigacional:

*“havendo um descumprimento leve, só se admite reclamar por perdas e danos. Contudo, se o descumprimento for sério, grave, capaz de comprometer não só o sinalagma contratual, mas toda a economia do contrato, admitir-se-ia a resolução contratual.”*²⁵

²⁵ 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**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Pp. 60-77, nov. 1993. p. 62.

Assim, com o advento do *intermediate term*, o que gerou maior valorização quanto a gravidade de um descumprimento contratual e, sua influência sobre o contrato, deu-se o surgimento do que passamos a chamar de *substantial performance* (adimplemento substancial)²⁶.

6 O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO CONTEXTO CIVIL LAW

Com o passar do tempo, países que adotam o sistema do *Civil Law*, recepcionaram a teoria do adimplemento substancial nos Códigos Civis, de forma ampla e genérica, entendendo-se a figura do “(in)adimplemento” em toda extensão. Nesse sentido, observa-se como exemplo os códigos da Itália, Portugal e Argentina.

O Código Civil Italiano, por exemplo, em seu art. 1.455²⁷ verifica-se ser claro a positivação do adimplemento substancial, ou, como chamado por lá, “*inadempimento di scarsa importância*”. Comentando sobre o tema, Emílio Betti aponta que adimplemento substancial tem vínculo íntimo com o que ele chama de “*totalidade econômica da relação contratual*”²⁸.

Outrossim, o adimplemento substancial ganha destaque no Código Civil Português, em seu art. 802, nº 2, com redação semelhante ao descrito no Código Civil Italiano, consagrando também a figura da escassa importância quando da tentativa do credor em resolver o contrato.

O Código Civil Português²⁹ vai além, ao dispor o seguinte:

“SECÇÃO IX
Venda a prestações
Artigo 934.º (Falta de pagamento de uma prestação)
Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do

²⁶ Ibid.

²⁷ “Importância do inadimplemento: o contrato não pode resolver se o inadimplemento de uma das partes tem pouca importância, tendo em vista o interesse da outra”.

²⁸ BETTI, Emílio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 672.

²⁹ Código Civil Português. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 20/04/2020.

prazo relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário.”

A teoria possui condição de aplicabilidade na França diversa da brasileira, já que, conforme artigo 1184 do Código Civil Francês permite ao juiz conceder ao devedor inadimplente, prazo extracontratual para que a obrigação venha a ser cumprida.

Nesta linha, Becker transcreve que:

[...] a jurisprudência francesa também exercita este poder em caso de inexecução parcial ou de pouca gravidade que proporcione ao credor o benefício essencial do contrato, no sentido de declarar a manutenção do contrato, rejeitando o pedido resolutivo, mediante pagamento de uma indenização. Isto em vista de a resolução ser concebida como sanção extraordinária ou subsidiária, o que explica que o juiz procure *sauver contrat* sempre que possível³⁰.

Nesse sentido, ainda mais próximo a realidade brasileira, a Argentina preleciona a possibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial em seu artigo 1.084, do Código Civil Argentino de 2015, que, em seu *caput* e em tradução livre diz que “para fins de resolução, o inadimplemento absoluto deve ser essencial em atenção à finalidade do contrato”.

A teoria ainda é disposta no plano do Direito Internacional, consubstanciada na Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1980 (Viena)³¹.

A convenção trouxe em seu artigo 25 que “uma violação do contrato cometida por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.”

Contudo, é interessante destacar que, como visto, a Convenção de Viena não informou expressamente se a violação contratual é fundamental ou secundária (*condition* ou *warranty*). Neste caso, para a caracterização da violação do contrato, é

³⁰ 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**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, nov. 1993. p. 67.

³¹ Convenção de Viena de 1980. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8327.htm#:~:text=DECRETA%3A&text=1%C2%BA%20Fica%20promulgada%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o,1980%2C%20anexa%20a%20este%20Decreto.. Acesso em 20/02/2020.

necessário que o inadimplemento cause prejuízo substancial à outra parte, pouco importando se o descumprimento obrigacional foi violação fundamental (principal) ou secundária) acessória.

A respeito do tema, nas palavras de Becker:

[...] o que importa em se tratando de adimplemento substancial ou inadimplemento fundamental, não é a natureza do dever violado, mas a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo incumprimento. Se este prejuízo é grave o bastante para furta seu interesse pela prestação, a hipótese será de inadimplemento fundamental, qualquer que tenha sido o dever não cumprido, com o que, a resolução é legítima face ao desequilíbrio que o incumprimento trouxe à economia do contrato. Entretanto, se a violação, mesmo que do dever principal, não decorreu prejuízo capaz de comprometer o interesse do credor pela prestação, o pedido de resolução é abusivo, pois se ainda tal interesse mantém-se o sinalagma: há então um adimplemento substancial. Por isso, pode-se dizer que há uma elação de inversão entre tais noções, adimplemento fundamental e adimplemento substancial, de modo que uma vez prevista uma, a outra é também aplicável, na medida das circunstâncias concretas”.³²

Portanto, quando diante de um descumprimento obrigacional deverá o juiz analisar o caso concreto para verificar se a falta de prestação foi descumprimento principal (*condition*) ou secundária (*warranty*), para que se resolva o contrato ou implique em perdas em danos ao devedor que inadimpliu.

Nesta seara, Vera Maria Jacob de Fradera aduz a decisão derivará “da interpretação do caso concreto, mas ligado às expectativas da parte prejudicada, levando em consideração não os sentimentos da parte, e sim os termos do contrato.”³³

Já para Eduardo Bussatta, a Convenção de Viena merece críticas, já que nas suas palavras:

“[...] uma vez que os prejuízos para a parte não inadimplente ou, inversamente, a satisfação dos seus interesses em relação ao cumprimento inexato, em nada se alteram, haja ou não a previsibilidade do resultado. O dano é o mesmo, sendo ou não previsível. Além disso, é estabelecida uma avaliação da culpa para o inadimplemento que, não bastasse ser de difícil apuração, não se coaduna com os requisitos da responsabilidade negocial.”³⁴

³² BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 67-68.

³³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 11, p. 65, 1996.

³⁴ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52.

Ou seja, diante da aplicação da teoria por todos os ordenamentos jurídicos estrangeiros, percebe-se que a principal característica semelhante é gravidade do ato obrigacional não cumprido para que possa ensejar na dissolução do contrato. Isto é, para todos os sistemas jurídicos analisados neste estudo, é uníssona a posição que o inadimplemento obrigacional seja extremamente essencial para que seja concedido ao credor o direito de resolver o contrato.

Cumpre salientar, outrossim, que quando o inadimplemento for derivado de contrato de prestação continuada, é necessário cuidado redobrado na valoração da gravidade do descumprimento. Isto porque, quando o descumprimento se der de forma dolosa, além do perigo pela falta de adimplemento, deixa o credor em situação desconfortável na relação jurídica, já que o devedor pode voltar a descumprir.

Outro elemento semelhante nos diversos ordenamentos jurídicos aqui estudados é, portanto, a gravidade do descumprimento, pouco importando a origem da obrigação descumprida em si.

Diferentemente dos demais países citados, o legislador brasileiro não permitiu que a teoria fosse positivada e não houve maior destaque ao instituto como nas experiências internacionais.

Por não haver expressa legislação quanto a teoria do adimplemento substancial, é importante salientar que a influência do Direito Civil-constitucional sobre a interpretação do direito privado, mais precisamente do direito das obrigações em geral, faz-se mediante a aplicação de diversos princípios, tais como função social do contrato, da boa-fé objetiva, da equivalência negocial e em especial, o da menor onerosidade da execução ao devedor.

Assim, a construção do *substantial performance* é, segundo Paulo Lôbo³⁵, feita sobre as bases da função social do negócio e da equivalência material de direitos.

Eduardo Bussata³⁶ entretanto, tece que a fonte da teoria está no princípio da boa-fé objetiva.

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

³⁶ BUSSATA, Eduardo Luiz. *op. cit.* p. 102.

Deste modo, o que se extrai dos diversos autores é que de certa forma, a Constituição Federal de 1988 e seus demais princípios, aperfeiçoaram o *substantial performance* no direito privado brasileiro.

Além disso, destaca-se ainda que existem diferentes princípios que sustentam a teoria do adimplemento substancial.

Nesta lógica, outro princípio que merece destaque é o da menor onerosidade do devedor, isto porque a *substantial performance* possui vínculo entre o devedor e a obrigação. Nela, o credor não pode se utilizar de meios extravagantes ou como vingança privada em caso de inadimplemento. O devedor deve sofrer apenas o necessário para que consiga satisfazer o crédito.

7 O JULGAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No julgamento que traça o novo rumo da aplicabilidade da Teoria (REsp 1.581.505/SC tem em sua análise, requisitos apontados como necessários para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. Segundo o Ministro Antônio Carlos Ferreira, existem três pressupostos: i) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; ii) o pagamento do faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; e iii) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Analisando o primeiro requisito – a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes -, verifica-se que a intenção do Ministro era identificar se o credor possuía legitimidade sobre o débito, tal qual como ajustado pelas partes.

Da análise do segundo requisito, - o pagamento faltante há de ser ínfimo se comparado com o total do negócio -, tem por objetivo delimitar a esfera qualitativa da dívida. Eis o ponto controvertido e de estudo do presente trabalho, visto que o próprio Relator entendeu no julgamento que a simples análise quantitativa, por si só, não bastaria ser suficiente para a aplicação da Teoria, devendo-se optar também pela análise qualitativa e as circunstâncias do caso concreto.

Por último, o terceiro requisito – deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários, se traduz na verificação do caso concreto quanto aos dados, visto que pode se tratar de mora do devedor (podendo ser aplicado a Teoria) como o inadimplemento absoluto.

Destaca-se também outro ponto do acórdão feito pelo Relator, fazendo menção ao fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial, como a seguir:

Até por não se encontrar expressamente prevista em nosso direito positivo, existe polêmica sobre qual seria o correto fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial. Há controvérsia sobre ela basear-se em princípios como a função social do contrato (art. 421 do C/C2002), a boa-fé objetiva (art. 422), a vedação ao abuso de direito (art. 187) e ao enriquecimento sem causa (art. 884), embora haja uma tendência a considerá-la como efeito da aplicação da boa-fé objetiva às relações obrigacionais. Mesmo quando vigente o sistema civil anterior, a jurisprudência nacional valia-se, para sua aplicação, dos valores que emanavam dos arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.092 do Código Civil de 1916, examinados sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, a função social do contrato, exige dos contratantes o dever de perseguir, além da satisfação de seus interesses particulares, a promoção de interesses extracontratuais socialmente relevantes dignos de tutela e relacionados ao contrato.³⁷

Assim, destaca-se que a função social não se presta a tutelar os interesses de qualquer dos contratantes, mesmo que em tese, mais fraco sob algum aspecto (econômico ou técnico). Deste modo, tal fundamentação é importante para a Teoria do Adimplemento Substancial, que, tem visão limitada somente aos interesses das partes contratantes.

8 HISTÓRICO DE JULGAMENTOS DO STJ SOBRE A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

³⁷ TAPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: *Temas de direito civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.150.

Como já narrado anteriormente, um dos julgados basilares para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Brasil, foi Recurso Especial nº 76.362-MT, cujo Relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de 11 de dezembro de 1995³⁸.

SEGURO. Inadimplemento da seguradora. 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 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.

O caso em questão se tratava de ação de cobrança proposta por Flávia Mesquita Gonçalves em face da seguradora Sul América Terrestres, Marítimos e Acidentes, Cia de Seguros, em virtude de acidente de veículo segurado.

Julgada a ação improcedente, a autora apelou da decisão, tendo o TJMT negado provimento ao recurso fundamentando-se sob a ausência de quitação da última parcela do seguro.

Do acórdão do Recurso Especial, surge 3 novos elementos que, para o caso concreto, restam indispensáveis para a aplicação da Teoria, quais sejam: a) o reiterado comportamento da seguradora em receber as prestações com atraso, justificam a expectativa da seguradora de que o mesmo aconteceria com a última parcela; b) a falta de pagamento de uma prestação, considerando o valor total do negócio, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, haja vista o cumprimento substancial da obrigação e; c) ainda que admitido fosse a extinção do contrato, a seguradora deveria pleitear em juízo a resolução, quando seria examinável a importância do incumprimento do devedor e a viabilidade do pedido do credor.

Deste modo, tornou-se este julgado um marco inicial sobre a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, razão pela qual, até hoje é utilizado como base para os julgados adjacentes.

³⁸ Acórdão retirado do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=76362&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 22 de setembro de 2019.

8.1 O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 415971/SP

Mais adiante, outro recurso fora julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial 415971/SP³⁹, em 14 de maio de 2002, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi.,

Destaca-se de plano, que o julgado foi feito ainda com a égide do Código Civil de 1916, tratando-se de um caso em que um segurado deixou de efetuar a última parcela do seguro e após, endossou para um novo veículo com valor superior ao antigo, deixando ainda, de pagar outras três prestações no importe total de R\$ 858,65 (oitocentos e cinquenta e oito reais e sessenta e cinco centavos). Nesta linha, ainda com o inadimplemento das duas primeiras parcelas, o veículo foi roubado.

O segurado então ajuizou ação contra a seguradora com o fito de efetuar o pagamento das parcelas inadimplidas e obter o prêmio do seguro pelo furto.

Nessa linha, a ação teve julgamento procedente no primeiro grau, sendo negada em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim fundamentou:

A rigor, o caso é de falta de pagamento e não de simples atraso, mas, ainda que como simples atraso pudesse ser havido, não daria direito ao pagamento de indenização securitária por sinistro ocorrido no período em que a cobertura estivera suspensa em razão do inadimplemento do segurado, o que torna no mínimo impertinente qualquer discussão em torno da disponibilidade de rescisão unilateral do contrato. O adimplemento poderia em princípio garantir o interessado contra riscos futuros, na hipótese de o objeto segurado ainda existir, mas nunca cobrir sinistro anterior.⁴⁰

³⁹ Civil. Art. 1450 do Código Civil. Inadimplemento de contrato de seguro. Falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio. Indenização indevida pelo sinistro ocorrido durante o prazo de suspensão do contrato, motivada pela inadimplência do segurado. - A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não oneração da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado. - Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora. (REsp 415.971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=415971&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 20/04/2020.

⁴⁰ STJ, 3ª T., Resp 415971/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg., 14/05/2002.

Inconformado com a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o segurado recorreu ao Superior Tribunal de Justiça por meio de Recurso Especial, que ao ser recebida pela Ministra Nancy Andrighi, fundamentou que o acórdão paradigma utilizado (REsp 76.362/MT, comentado acima) não possuía semelhança, já que no referido acórdão paradigma, houve o adimplemento substancial do contrato de seguro, pelo inadimplemento de apenas uma parcela, assim fundamentando:

O alegado dissenso jurisprudencial com o decidido no REsp 76.362 não prospera porque são diversas as hipóteses fático-jurídicas. Enquanto no acórdão paradigma houve adimplemento substancial do contrato de seguro, faltando o pagamento de apenas uma prestação, no caso em exame não foi pago sequer o valor correspondente à metade do valor do prêmio.⁴¹

A Ministra fundamentou de forma clara e sem a incidência de requisitos, que o caso ora julgado não poderia ser aplicado a teoria do adimplemento substancial, vez que não o inadimplemento não ocorreu em apenas uma parcela. Nesse sentido, fundamentou que ao aplicar a teoria da *substantial performance* desta maneira, comprometeria “as atividades empresariais da companhia seguradora”.

Com seu voto acolhido por unanimidade entre a terceira turma, que a Relatora assim definiu a aplicação da teoria do adimplemento substancial:

Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora.⁴²

Como se viu, do julgado não houve limites ou restrições ao uso da teoria, vez que a relatora observou tão somente o critério quantitativo do inadimplemento, diferente dos diversos critérios existentes pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

De tal modo, sequer a boa-fé objetiva foi analisada ao caso em apreço, substituindo-a pela expressa falta de pagamento de valor não tão ínfimo como nos outros julgados.

Nesta senda, após isso, na falta de limites e maiores definições, a jurisprudência passou a definir, pouco a pouco, a aplicabilidade da teoria do

⁴¹ STJ, 3ª T., Resp 415971/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg., 14/05/2002. p.302.

⁴² STJ, 3ª T., Resp 415971/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg., 14/05/2002. p.302.

adimplemento substancial e seus possíveis efeitos quando aplicados, como se verá a seguir.

8.2 A NOVA VISÃO ADOTADA JULGAMENTO DO RESP. Nº 1.581.505 - SC (2015/0288713-7).

O caso em destaque, objeto do tema do presente estudo, se refere a uma promessa de compra e venda firmada pela sociedade Adibens Administradora de Bens Ltda (“Adibens” ou “Promitente Vendedora”) e por Marina Cristhiane de Freitas Faoro (“Promitente Compradora”), por meio da qual, está se obrigara a adquirir um imóvel, cujo valor seria dividido em prestações⁴³.

A testilha surgiu porque a Promitente Compradora, em determinado período, não mais efetuou o pagamento das parcelas devidas, deixando parte o valor total contratado em aberto.

Deste modo, a sociedade Adibens entrou com ação judicial contra a Promitente Compradora, pedindo a resolução do contrato, a reintegração na posse do imóvel objeto do contrato e a condenação da Promitente Compradora ao pagamento da importância prevista em cláusula penal, incluindo a indenização pela ocupação do bem.

A sociedade Adibens usou, como fundamento para a ação, que a Promitente Compradora deixou de adimplir a importância total de R\$ 76.738,63, ficando inerte mesmo após ser notificada para purgar a mora.

Em que pese a Promitente Compradora em resposta não tenha negado ter deixado de pagar o referido valor, defendeu que a parcela ora descumprida era insignificante se comparada com o montante contratual, o que não ensejaria na resolução do contrato. Ainda, pediu em juízo a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

O Juízo de primeiro grau julgou os pedidos improcedentes, fundamentando que a Promitente Compradora havia arcado com 84,36% das prestações, o que, ao ver do magistrado, é valor suficiente para afastar a resolução contratual e o pedido indenizatório.

⁴³ STJ, 4ª T., REsp 1.581.505/SC, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, julg.. 18.8.2016

Outrossim, o magistrado entendeu que a sociedade Adibens deveria cobrar o pagamento das parcelas inadimplidas por via própria, com o ajuizamento de uma ação de cobrança.

A Adibens apelou da decisão, argumentando, em síntese, que a inadimplência era em monta superior a 50% do valor do contrato, de modo que a Teoria do Adimplemento Substancial não deveria ser aplicada, já que o cumprimento obrigacional, não teria sido, em uma palavra, *substancial*.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que a dívida ultrapassava 30% do valor total do contrato, o que, por si só, já afastaria a aplicação da teoria. Além disso, deferiu o pedido da Adibens de condenação da Promitente Compradora ao pagamento de perdas e danos pela ocupação do imóvel.

Ocorre que o Tribunal julgou dando parcial provimento ao recurso, negando a condenação para ressarcir a comissão de corretagem e outros demais valores pleiteados pela Adibens. Os pedidos pleiteados pela Promitente Compradora sobre a devolução das quantias já pagas, foi rejeitado, entendendo o Tribunal que este pedido, deveria ter sido formulado via reconvenção e não somente em sede de defesa, como feito.

Inconformada, a Promitente Compradora interpôs Recurso Especial e nas razões, contrastou as conclusões do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina com outras decisões de 2ª instância em que, a despeito de, no caso de inadimplemento parcial, foi mantida a relação contratual pelo fato de o devedor ter cumprido mais que 60% da obrigação. Nesse sentido, a Promitente Compradora argumentou que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina teria partido da premissa equivocada de que a Teoria do Adimplemento Substancial só poderia ser aplicada diante de um adimplemento mínimo de 70% do valor total da prestação, conclusão essa refutada pelos acórdãos colacionados no Recurso Especial.

Em seguida, o Recurso especial foi distribuído à 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, negou-lhe provimento. A decisão teve a seguinte 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 substancial 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. 5. Recurso especial não provido.

Após discorrer sobre o panorama histórico da teoria, o Ministro Antônio Carlos Ferreira, Relator do acórdão, iniciou o exame de alguns casos em que Superior Tribunal de Justiça já havia aplicado a teoria. No seu voto, o ministro se referiu aos seguintes precedentes: (i) REsp 76.362/MT: atraso da última parcela; (ii) REsp 912.697/GO: inadimplemento de duas parcelas; (iii) REsp 469.577/SC: inadimplemento de 20% do valor total do bem; (iv) AgRg. no AgREsp 155.885/MS: inadimplemento de 10% do valor total do bem; (v) REsp 1.051.270/RS: inadimplemento de 14% do total devido.

Nesta análise, o relator passou a examinar o que seria, ao seu ver, os elementos e pressupostos essenciais à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial e, por fim, concluiu que estes elementos não estavam presentes no caso concreto. Segundo o Relator, a aplicação da *substantial performance* só seria aplicada se presentes três requisitos: i) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; ii) o pagamento faltante ser insignificante se considerado o total contratual; iii) deve ser possível a conservação contratual, sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida por via própria.

O vogal, Ministro Raul Araújo, embora tenha acompanhado a conclusão do Relator no sentido de negar provimento ao Recurso Especial, observou que a Turma

deveria deliberar precisamente acerca de quais seriam os certos requisitos da teoria, já que até então, os julgados do Superior Tribunal de Justiça acabam por orientar os tribunais de 2ª instância.

9 PACTA SUNT SERVANDA – A INFLUÊNCIA DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA (LEI Nº 13.874/19) NA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Assim como o princípio da função social dos contratos e o princípio da autonomia privada, a força obrigatória dos contratos tem papel fundamental no Direito Civil. Tal princípio tem por finalidade, transmitir força de lei ao estipulado pelas partes no contrato, devendo estes, cumprirem o conteúdo completo do negócio jurídico.

Orlando Gomes assim descreve sobre o tema:

“o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os 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 o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatórias” (*Contratos...*, 1996, p. 36)

Ainda nesta seara, Flávio Tartuce leciona:

“O princípio da força obrigatória como regra máxima tinha previsão já no direito romano, segundo o qual deveria prevalecer o *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado no pacto. Não poderia, portanto, sem qualquer razão plausível, ser o contrato revisto ou extinto, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema.”

Note-se que, com o advento de tais princípios, a aplicação da Teoria do adimplemento substancial pode ser facilmente afastada, tão logo descumprida uma obrigação contratual, como por exemplo, o inadimplemento de uma ou mais parcelas de contrato de financiamento.

Em que pese rodeada de diversas defesas que protegem o contrato e seu cumprimento, a Teoria possuía aplicabilidade em determinados casos, não se fazendo valer cláusulas de extinção de determinados contratos.

Contudo, o princípio da livre autonomia volta a ter maior eficácia com a Lei nº 13.874/19, que fizera pontuais alterações no Código Civil em diversos ramos, impactando sobretudo na interpretação das obrigações decorrentes dos contratos.

Sobre essas alterações, a mais impactante para o atual trabalho é a nova redação do art. 421 do Código Civil⁴⁴. Destaca-se o parágrafo único, anunciando que a revisão contratual regida pelo Código Civil é excepcional, se repetindo no inciso III do art. 421-A.

Portanto, cristalina é a intenção do legislador nas referidas modificações, cujo cunho dado à nova legislação é fortificar a força de lei existente entre as partes, decorrentes de um contrato.

⁴⁴ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi tratado, faz-se necessário realizar considerações conclusivas sobre o que é, como é e quais são os efeitos da Teoria do Adimplemento Substancial, bem como todos os princípios e normas que a regulamentam, ainda que desconexas entre si.

Percebe-se que a matéria está intrinsecamente ligada a Teoria Geral das Obrigações, que modernamente abrangeu o conceito sinalagmático das partes, credor e devedor.

Além disso, verifica-se que a Teoria do Adimplemento Substancial necessita, em grande parte de suas aplicações, de requisitos e princípios para que se sustente, como o princípio basilar da boa-fé objetiva, cujo centro da atenção, tenta dar a ambas as partes, seja ela credor insatisfeito, ou devedor inadimplente, equilíbrio contratual. Contudo, o choque principiológico entre os efeitos do princípio da boa-fé objetiva *versus* o princípio *pacta sunt servanda*, criam um ambiente que instável, ainda mais num sistema jurídico pouco regulado.

É evidente que devedor deve cumprir com as obrigações assumidas da maneira exata que pactuou, cumprindo integralmente e nos exatos termos, sejam as obrigações principais, secundarias, laterais ou acessórias.

Em que pese esta ser a regra geral, o instituto do inadimplemento também é necessário ser compreendido. Isto porque do inadimplemento, restam diversos efeitos contrários ao contrato, surgindo penalidades à parte inadimplente e até mesmo, a extinção da relação obrigacional por falta da prestação devida.

O Código Civil não trouxe em seu bojo, assim como a Teoria do Adimplemento Substancial, a definição do que é o inadimplemento, positivando somente os efeitos do descumprimento, sendo eles o inadimplemento absoluto e a mora.

Quanto a mora, aqui dificilmente conceituada, é importante destacar que sua aplicabilidade diverge dos conceitos de mora de outros sistemas jurídicos internacionais (que somente levam em consideração o descumprimento ao tempo da parcela). O Código Civil define ainda que todo e qualquer descumprimento quanto ao modo e forma também podem tornar o sujeito inadimplente em mora.

Ademais, não se pode confundir mora com o inadimplemento absoluto, já que este último somente ocorre quando o inadimplente não pode mais cumprir com a obrigação pactuada (como o exemplo do fotógrafo de um casamento que por motivos alheios, não pode comparecer ao casamento). Ou seja, o pressuposto de distinção entre a mora e o inadimplemento absoluto é justamente a possibilidade ou impossibilidade de o devedor cumprir com a obrigação inadimplida. Porém, a possibilidade ou não de o devedor cumprir a obrigação inadimplida depende ainda do aceite por parte do credor, que pode receber ou não a prestação inadimplida.

Após compreender-se os conceitos basilares do direito obrigacional, o estudo passou a analisar a evolução histórica da Teoria do Adimplemento Substancial, ainda no sistema *common law*, bem como posteriormente, no sistema *civil law*, com a abordagem dos diversos sistemas jurídicos internacionais, onde se verificou que há similaridade quanto ao aspecto da gravidade do descumprimento.

Por outro lado, a Teoria ainda passa pelo filtro do princípio da boa-fé objetiva, que na presente aplicação, limita o poder punitivo das partes no contrato, evitando assim, que abusos e penalidades possam ser utilizados.

Isto porque através do princípio da boa-fé objetiva, restringe-se o uso do instituto de resolução do contrato por inadimplemento, nas vezes em que o descumprimento obrigacional for de escassa importância na relação jurídica.

Junta-se a isso, a boa-fé objetiva em conjunto com a Teoria do Adimplemento Substancial acaba por invalidar, quando comprovadamente for o inadimplemento de ínfimo valor perante o contrato, o artigo 475 do Código Civil, que prevê a resolução contratual quando houver inadimplemento.

Nesta linha, surge a jurisprudência brasileira que passou a adotar limites para a aplicabilidade, em razão da forte onda contratual e a ascensão do princípio *pacta sunt servanda*.

Nesses julgados, houve decisões a favor da aplicação da teoria do adimplemento substancial, desde que comprovadamente o descumprimento obrigacional tenha sido de escassa importância e da obrigação principal.

Por conseguinte, a teoria atualmente é dificilmente aplicada, ante as diversas restrições impostas ao devedor inadimplente cuja comprovação se tornou difícil e prejudicada.

Por fim, o presente estudo constatou que a teoria do adimplemento substancial, a partir dos critérios definidos pelo Superior Tribunal de Justiça, passa a ser dificilmente utilizada, já que fundada em alicerces que limitam a sua aplicação, como a comprovação de descumprimento de parcela de escassa importância.

11 REFERÊNCIAS

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, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993.

BIANCA, C. Massimo. *Inadempimento dele obbligazioni*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1979, p.9.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. São Paulo: Bookseller, 2006.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

BUSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo. Saraiva, 2007, Coleção Professor Agostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: Negócio fiduciário**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CORBIN, Arthur. **Conditions in the Law of Contract**. Yale Law School. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2851/. Acesso em 20 de setembro de 2019

Código Civil Português. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 20/04/2020.

Convenção de Viena de 1980. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8327.htm#:~:text=DECRETA%3A&text=1%C2%BA%20Fica%20promulgada%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o,1980%2C%20anexa%20a%20este%20Decreto.. Acesso em 20/02/2020.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 2. Ed. Madrid: Tecnos, 1988. V. 1.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patromonial: las relaciones obligatorias**. 5 ed. Madrid: Civitas, 1996, v2., p. 700, citação por BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007, Coleção Professor Agostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo.

Ementas retiradas e disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20/04/2020.

FIÚZA, César. **Direito Civil. Curso completo**. 17ª ed. Revista dos Tribunais. 2014, São Paulo/SP.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 11, p. 65, 1996

FRÉDÉRIQUE, Ferrand. **Droit privé allemand**. Paris, Dalloz, 1997. N° 286, pp. 301-302.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e Inadimplemento Substancial**. São Paulo. Atlas, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Obrigações** – 16 ed, revista atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002: Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Revista e atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco P. de Crescencio Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. **A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial**. Direito contratual. Temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOTUFO, Renan. **Comentários ao novo Código Civil**. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 406. Disponível em https://www.academia.edu/23514325/Codigo_Civil_Comentado_-_Renan_Lotufo. Acesso em 23/02/2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas geais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, pp. 24-48, Vol 753, jul. 1998, p. 41-42.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2003, v. 5 t. 1, p. 201.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil** - Volume 2. 9ª ed., Editora Forense, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Vol. 2 – Obrigações**. 9ª edição. Forense, 2019: p. 169.

NALIN, Paulo. **Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade**. Teoria Geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 100.

NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações. Pagamento, mora, pagamento indevido**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v.1, parte 2, p. 283-285.

Nota retirada e traduzida do livro: **Race, Gender and Punishment from Colonialism to the War on Terror**. Mary Bosworth, Jeanne Flavin. 2007. p 21. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Ehf_uO7cMfMC&pg=PA21&lpg=PA21&dq=caso+somerset+v+stewart&source=bl&ots=8XZgWldA1p&sig=ACfU3U3MUQA9jHiTx2k2AZifVPtkqparAQ&hl=ptBR&sa=X&ved=2ahUKEwjJ3r7uvPbkAhX5LLkGHVRzARUQ6AEwB3oECAoQAQ#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 20 de setembro de 2019

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XXVI, Direito das obrigações. Inadimplemento. Atualizado por Rui Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. 2012, Revista dos Tribunais.

SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5-13

TAPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social do contrato**. In: **Temas de direito civil, t. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.150.

_____, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil.** Renovar, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002.** São Paulo: Método, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** São Paulo. 2017.

TERRA, A. M. V; GUEDES, G. S. C. **Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor:** Análise da decisão proferida no RESP 1.581.505. Revista Brasileira de Direito Civil – Belo Horizonte, vol. 11. P. 95-113, jan./mar. 2017.