



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO
ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E OS RISCOS DE
INVERSÃO DA REGRA DO ADIMPLENTO INTEGRAL E
REGULAR

Vanessa Alves Washington de Souza

Rio de Janeiro
2019

VANESSA ALVES WASHINGTON DE SOUZA

CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO
ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E OS RISCOS DE
INVERSÃO DA REGRA DO ADIMPLEMENTO INTEGRAL E
REGULAR

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E OS RISCOS DE INVERSÃO DA REGRA DO ADIMPLEMENTO INTEGRAL E REGULAR

Vanessa Alves Washington de Souza

Graduada pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, as relações contratuais passaram por uma profunda modificação. Isso porque, os princípios da função social, da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso de direito ganham extrema relevância, determinando a releitura dos princípios contratuais clássicos, a fim de que o direito civil atenda seus pilares de eticidade e socialidade. O presente trabalho busca analisar os impactos dos princípios constitucionais modernos no instituto do adimplemento, de modo a justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial nas relações contratuais, analisar quais parâmetros devem ser observados pelo julgador, bem como discutir o eventual risco de subversão da regra de pagamento regular e integral da prestação avençada.

Palavras-chave – Direito Civil. Obrigações e Contratos. Adimplemento. Teoria do Adimplemento Substancial. Requisitos e Limites.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no direito brasileiro. 2. Parâmetros para a aplicação da teoria do Adimplemento Substancial. 3. Aplicação da teoria e o risco de subversão da regra de cumprimento regular e integral da prestação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de fixação de critérios para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, bem como o risco de subversão da regra de cumprimento integral e regular da prestação.

Com a elaboração do Código Civil de 2002, ganha relevância o princípio da boa-fé objetiva, colocando-o como um critério norteador do exercício regular de direitos legal ou constitucionalmente previstos. Sendo assim, as obrigações, que antes eram vistas como uma relação jurídica de cunho pessoal, patrimonial e estático, passaram a ser entendidas de forma dinâmica, flexibilizando-se a máxima do *Pacta Sunt Servanda*, um dogma para o CC/16.

De igual maneira, ganha importância o princípio da função social, também aplicável às obrigações e aos contratos, atualmente analisada tanto em sua vertente externa, como também interna, de modo a limitar a relatividade e a autonomia da vontade.

Nesse contexto de imposição de deveres laterais e implícitos, foi introduzida a Teoria do Adimplemento Substancial ou Inadimplemento Mínimo, hoje consagrada como uma teoria doutrinária e jurisprudencial. Entretanto, diante da inexistência de previsão legal, a aplicação do instituto não se dá de forma uniforme pelos tribunais, surgindo a necessidade de se estabelecer parâmetros mínimos de aplicação.

O trabalho foca a temática dos critérios para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, que hoje permeia grande parte das ações judiciais, em razão da impossibilidade de cumprimento das prestações na forma ajustada e o aparente conflito entre os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

Por fim, objetiva-se discutir os fundamentos presentes no ordenamento jurídico para a adoção da Teoria do Adimplemento Substancial, bem como a possibilidade e necessidade do estabelecimento de critérios para sua aplicação. Isso porque, sua utilização de forma livre pelos tribunais traz o risco de decisões contraditórias e de subversão da ordem de adimplemento regular e integral das obrigações.

Para tanto, parte-se das seguintes reflexões: é possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro, tendo em vista a ausência de previsão legal? Sendo possível aplicá-la, existem critérios a serem utilizados pelo magistrado? A aplicação da teoria coloca em xeque a regra geral de cumprimento das obrigações na forma ajustada, significando um risco à segurança jurídica?

Inicia-se o primeiro capítulo defendendo a possibilidade de aplicação da teoria, em que pese a inexistência de previsão legal, tendo por fundamento o princípio da boa-fé objetiva, a preservação da confiança, a vedação ao abuso de direito e a função social interna dos contratos.

No segundo capítulo, analisam-se os parâmetros para embasar a aplicação da teoria e que critérios poderiam ser estabelecidos, levando-se em conta as posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Por fim, no terceiro capítulo, defende-se a necessidade de cautela na aplicação da teoria do adimplemento substancial, a fim de que a lógica de cumprimento integral e regular das obrigações livremente contraídas não seja invertida.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e

adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem será necessariamente qualitativa, portanto, o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

O direito civil clássico sempre foi pautado pela importância da Autonomia da vontade, princípio do qual decorrem as cláusulas gerais da Liberdade Contratual, da Força obrigatória dos Contratos (*Pacta Sunt Servanda*) e do Consensualismo.

Entretanto, com a superveniência da Constituição Federal de 1988, o princípio da função social ganhou extrema relevância, impondo a interpretação de todo o direito de acordo com os valores fundamentais da sociedade. Tal impacto provocou diversas inovações do direito civil moderno, sobretudo com a edição do CC/02, que positivou os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, da confiança e da vedação ao abuso de direito.

Percebe-se, portanto, que o direito civil contemporâneo é encarado de forma funcionalizada. Isso porque, os novos princípios impõem a observância de deveres anexos de comportamento leal, a fim de que as legítimas expectativas das partes não sejam frustradas e de que os direitos sejam exercidos consoante a finalidade que justifica sua existência e a tutela jurídica, conforme esclarece Fernando Noronha¹.

Nesse contexto se insere a Teoria do Adimplemento Substancial também denominada de Inadimplemento Mínimo.

Tal instituto surge no direito inglês, no caso *Boone versus Eyre*. Segundo Bussata², em sua versão originária, a teoria considerava a distinção entre as *conditions* (obrigações principais) e as *warranties* (obrigações secundárias), de forma que o descumprimento daquelas levava à extinção do contato, enquanto o descumprimento destas poderia ensejar tão somente a indenização por perdas e danos.

¹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.16.

² BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.39.

Posteriormente, a temática foi introduzida no direito brasileiro pelo professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva³, para quem o instituto se caracteriza por “um adimplemento tão próximo do resultado final que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização”.

Atualmente, portanto, a teoria do inadimplemento mínimo configura-se como um limitador ao direito potestativo do credor de extinguir o contrato, quando o devedor cumprir parcela relevante e substancial do acordado. Dessa forma, conforme leciona Bussata⁴, o desfazimento do vínculo contratual somente será admitido quando o descumprimento for relevante, de modo que a finalidade do contrato reste elidida, ou sua função econômica reste anulada.

Apesar da ausência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do adimplemento substancial é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, tendo como fundamento os princípios da boa-fé objetiva (art. 133 e 422 do CC), da função social dos contratos (art. 421, CC), da vedação ao abuso de direito (art. 188 do CC) e ao enriquecimento sem causa (art. 884, CC)⁵.

Os novos princípios contratuais exigem uma reinterpretação das regras clássicas relativas aos institutos da obrigação e do inadimplemento. A visão tradicional das obrigações como prestações pessoais patrimoniais de conteúdo estático, formal e abstrato foi substituída pela noção de “relação obrigacional”, segundo a qual a prestação deve ser analisada no caso concreto à luz dos deveres laterais impostos pela boa-fé e pelas legítimas expectativas das partes.

Nesse sentido, Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería⁶ afirmam que, atualmente, “a obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados”. No mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva⁷ fala em “obrigação como processo” que “tenciona-se a sublinhar o ser dinâmico da obrigação”.

³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Apud: BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, V.9, p. 60, nov.1993.

⁴ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007., p.51.

⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071impressao.htm> Acesso em: 26 fev. 2019.

⁶ KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. 2012, p.3.

⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.10.

Conseqüentemente, a noção de adimplemento também passa por uma reanálise, não podendo este ser entendido como o cumprimento da prestação tal qual como ajustada. Isso porque, o respeito aos deveres anexos da boa-fé durante toda a relação obrigacional é elemento essencial do adimplemento, razão pela qual a violação a tais deveres pode ensejar a violação positiva do contrato por qualquer das partes. Dessa maneira, para a caracterização do inadimplemento, faz-se necessária a busca da real causa concreta do negócio jurídico, de acordo com os interesses perseguidos pelas partes.

Neste contexto, quando a prestação não mais se mostrar útil ao credor, à luz do princípio da boa-fé objetiva e da função social, surgirá para o credor o direito potestativo de resolução do contrato, nos termos do art. 475 do CC⁸. Em contrapartida, toda vez que subsistir a viabilidade de cumprimento da prestação, independente do juízo arbitrário do credor, o devedor terá direito subjetivo ao cumprimento.

Nesse sentido, lecionam Cristiano Chaves Faria e Nelson Roselvald⁹ que:

frequentemente, será com base na viabilidade de cumprimento da prestação, mesmo que intempestiva, que situaremos a mora. Em contrapartida, o inadimplemento absoluto poderá aferir-se naquelas situações em que a boa-fé objetiva indica que a prestação perdeu a sua utilidade econômica para o credor, sendo impraticável a manutenção da relação jurídica, pois não há espaço para o adimplemento.

(...)

é certo que o interesse econômico do credor determina a conversão da mora em inadimplemento absoluto, mas não se pode cogitar de arbítrio do credor. Só há inadimplemento absoluto se o atraso gerou o desaparecimento da necessidade do credor na obtenção da prestação. Em suma, toda vez que devedor deseje pagar e objetivamente a prestação ainda se revela viável ao credor, deverá este aceitá-la. O adimplemento é um direito subjetivo do devedor e o magistrado deverá garanti-lo quando possível.

Certo é que as cláusulas gerais do direito civil moderno (sobretudo o princípio da boa-fé) mitigam, em parte, a autonomia da vontade e a máxima do Pacta Sunt Servanda. Por essa razão, o direito à resolução unilateral do contrato por parte do credor não pode ser exercido quando subsistir a viabilidade da prestação, mesmo que importe no descumprimento da obrigação originariamente pactuada. Isso porque, neste caso, o direito seria exercido de forma contrária à finalidade para qual foi criado, importando no abuso de direito.

Do mesmo modo, não se mostra razoável que o credor possa pleitear a resolução do contrato, na hipótese de o devedor já ter adimplido substancialmente a obrigação. Tratando-se de

⁸ BRASIL. op. cit., nota 5.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.537, 545.

descumprimento ínfimo, a ser analisado no caso concreto, a prestação ainda se revela útil ao credor, motivo pelo qual somente incidem os encargos da mora. Possibilitar a resolução unilateral significaria um desequilíbrio ainda maior, rompendo definitivamente com o sinalagma das prestações avençadas.

Sobre este ponto, esclarece Andrea Cristina Zanetti¹⁰, que, a teoria do adimplemento substancial configura-se “como um limite, à faculdade resolutória dada ao credor, (...), já que o descumprimento em questão não possui gravidade suficiente para colocar em risco ou corromper o sinalagma contratual”.

Ademais, segundo o disposto no Enunciado nº 361 da IV jornada de direito civil do CJF, “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”.

Portanto, apesar a inexistência de previsão legal, a teoria do adimplemento substancial é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátria como um limite ao exercício abusivo de direitos pelo credor, em nome de princípios basilares do direito civil contemporâneo, quais sejam, o princípio da boa-fé objetiva, da função-social dos contratos, da vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento ilícito.

2. PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Após a introdução da temática do adimplemento substancial, a jurisprudência pátria passou a adotar a teoria no julgamento de casos concretos, a fim de resguardar os novos princípios regentes das relações contratuais, sobretudo o da Boa-fé Objetiva (artigo 422 do CC/02) e o da Função Social do Contrato (art. 421 do CC/02). Entretanto, diante da ausência de previsão legal no ordenamento jurídico quanto ao instituto, surgiu a necessidade de se estabelecer critérios mínimos para embasar a aplicação da teoria.

¹⁰ ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Sao Paulo: Saraiva, 2012, p.295.

No direito brasileiro, por sua vez, a iniciativa para traçar tais critérios partiu da 4ª Turma do STJ, conforme salienta Augusto César Lukascheck Prado¹¹. No julgamento do REsp nº 76.363¹², de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a Corte estabeleceu três diretrizes para a aplicação da Teoria do Inadimplemento Mínimo, quais sejam: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante ínfimo em se considerando o total do negócio; c) a possibilidade de conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Partindo dessas premissas, a jurisprudência brasileira sempre adotou critérios quantitativos para determinar se o direito potestativo do credor de pleitear a resolução do contrato estaria obstado pelo instituto de inadimplemento mínimo. Dessa forma, a teoria teria aplicabilidade tomando-se como parâmetro exclusivamente o valor total do contrato, o número de parcelas ou até mesmo o percentual de parcelas adimplidas.

Ocorre que, tais critérios quantitativos não são utilizados de maneira uniforme pela jurisprudência, na medida em que, na prática, a relevância do percentual ou valor do contrato adimplido é definido por cada magistrado com base em suas convicções.

A título exemplificativo, como exposto pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.158.505¹³, bem como ressaltado por Augusto César Lukascheck Prado¹⁴, alguns precedentes do STJ aplicam a teoria do adimplemento substancial tendo por base o critério quantitativo nos casos de: a) atraso na última parcela (REsp nº 76.362/MT); b) inadimplemento de 2 parcelas (REsp nº 912.697/GO); c) inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem (REsp nº 469.577/SC); d) inadimplemento de 10% do valor total do bem (AgRg no AgREsp nº 155.885/MS); e e) inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido (REsp nº 1.051.270/RS).

Mais especificamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também apresenta decisões conflitantes, no tocante ao número ou percentual de parcelas adimplidas para configurar

¹¹ PRADO, Augusto César Lukascheck. *Direito Civil Atual - STJ avança na delimitação do adimplemento substancial* (parte 2). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/direito-civil-atual-stj-avanca-delimitacao-adimplemento-substancial-parte>> Acesso em: 27 dez. 2018

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 76.363*. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1581505&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

¹³ Idem. *REsp nº 1.581.505*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1581505&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

¹⁴ PRADO, op. cit..

a substancialidade. Observa-se, assim, a aplicação do instituto nos casos de: a) adimplemento de 77,77% do contrato (AI nº 0065160-79.2014.8.19.0000¹⁵); b) pagamento de 8 das 40 parcelas (AI nº 0066830-16.2018.8.19.0000¹⁶); c) adimplemento de 65% do valor do contrato (Apelação nº 0010846-91.2013.8.19.0042¹⁷). Percebe-se ainda decisões entendendo pela inaplicabilidade nos casos de: a) adimplemento de 75% do valor do contrato (Apelação nº 0996034-21.2011.8.19.0002¹⁸); b) valor contratado de R\$ 2.890.000,00 e valor inadimplido de R\$ 370.000,00 (AI nº 0063553-26.2017.8.19.0000¹⁹); c) inadimplemento de 33 das 48 parcelas (Apelação nº 0005131-34.2014.8.19.0042²⁰).

Dessa forma, a utilização de critérios meramente quantitativos implica a existência de decisões contraditórias entre diferentes magistrados, no julgamento de casos semelhantes, sobretudo quando o percentual adimplido se enquadra entre 60 a 70% do valor total do negócio jurídico.

Sob este ponto, vale lembrar as críticas formuladas pelo professor Anderson Schreiber²¹ à jurisprudência pátria, nos seguintes termos:

[...], o que espanta é a ausência de uma análise qualitativa, imprescindível para se saber se o cumprimento não-integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto. Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento *tout court*, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual.

Ademais, a adoção exclusiva do critério valor enseja uma incongruência axiológica, na medida em que o instituto seria aplicado de forma dissociada da real causa que ensejou seu surgimento.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI nº 0065160-79.2014.8.19.0000. Relator: Teresa Cristina Sobral. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2014.002.45246>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹⁶ Idem. AI nº 0066830-16.2018.8.19.0000. Relator: Ricardo Alberto Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.002.88775>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹⁷ Idem. Apel nº 0010846-91.2013.8.19.0042. Relator: Jaqueline Lima Montenegro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.40837>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹⁸ Idem. Apel nº 0996034-21.2011.8.19.0002. Relator: Sirley Abreu Biondi. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.29622>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹⁹ Idem. AI nº 0063553-26.2017.8.19.0000. Relator: Carlos Jose Martins Gomes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.002.79186>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

²⁰ Idem. Apel nº 0005131-34.2014.8.19.0042. Relator: Maria Aglae Tedesco Vilardo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.72077>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

²¹ SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, ano 8, V. 32, p. 3-37, out./dez., 2007.

É certo que o estabelecimento de um percentual fixo para a aplicação da teoria pode justificar a extinção do contrato de forma arbitrária pelo credor, quando, no caso concreto, a prestação ainda era útil ou mesmo sua não aplicação quando a prestação se mostrava inútil, o que, por si só, configura um abuso de direito tanto por parte do credor (na primeira situação), como do devedor (na segunda situação).

Contudo, deve-se ter em mente que o instituto do inadimplemento mínimo tem por objetivo coibir o abuso de direito, consistente na utilização arbitrária pelo credor de seu direito potestativo de pleitear a extinção do contrato. Sendo assim, mostra-se imprescindível a adoção de critérios qualitativos, para que, a partir da análise do caso concreto, se verifique a utilidade da prestação à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança.

Nesse sentido, leciona Anderson Schreiber²² que:

[...], a importância do adimplemento substancial não está hoje tanto em impedir o exercício do direito extintivo do credor com base em um cumprimento que apenas formalmente pode ser tido como imperfeito (...), mas em permitir o controle judicial de legitimidade no remédio invocado para o inadimplemento, especialmente por meio do balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (...), e, de outro, os efeitos do seu não-exercício para o credor, que pode dispor de outros remédios muitas vezes menos gravosos para obter a adequada tutela de seu interesse.

Sendo assim, conforme esclarece Augusto César Lukascheck Prado²³, a doutrina aponta diretrizes que devem guiar o julgador, a fim de garantir uma análise qualitativa da substancialidade no caso concreto, tais como: a) o grau de satisfação do interesse do credor; b) a comparação entre o valor da parcela descumprida com o valor do bem ou do contrato; c) o esforço e a diligência do devedor em adimplir integralmente; d) a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspondentes; e) a existência de outros remédios capazes de atender ao interesse do credor com efeitos menos gravosos ao devedor; e f) a ponderação entre a utilidade da extinção da relação jurídica obrigacional e o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução.

No mesmo sentido caminha o direito alienígena, como exposto por Otavio Luiz Rodrigues Junior²⁴. Isso porque, os doutrinadores ingleses elencam como requisitos para admitir a substancial performance: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação.

²² *Ibidem*.

²³ PRADO. *op. cit.*

²⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.

Em consonância com as lições doutrinárias acima mencionadas, recentemente o STJ avançou no debate quanto à fixação de critérios para o reconhecimento do inadimplemento mínimo, mais especificamente no julgamento do REsp nº 1.158.505/SC²⁵. Nessa ocasião, o ministro relator reconheceu a impossibilidade de se fixar um patamar numérico em abstrato, a partir do qual o inadimplemento seria considerado relevante, exigindo-se uma análise concreta do contrato.

Salientou o relator que:

[...] ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do inadimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor.

Desse modo, apesar dos diversos precedentes que atrelam o inadimplemento substancial a critérios quantitativos, atualmente, percebe-se uma evolução da jurisprudência pátria, marcada pelo reconhecimento da insuficiência de tal critério e da necessidade de uma análise qualitativa do caso concreto, atentando-se à função do negócio jurídico em questão, como também à satisfação do interesse do credor com o menor prejuízo ao devedor.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA E O RISCO DE SUBVERSÃO DA REGRA DE CUMPRIMENTO REGULAR E INTEGRAL DA PRESTAÇÃO

Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, o artigo 475 do CC/02²⁶ permite ao credor pleitear a resolução do contrato no caso de inadimplemento por parte do devedor. Trata-se de um direito potestativo garantido ao prejudicado, em razão da violação da regra geral do *Pacta Sunt Servanda*, isto é, do cumprimento regular e integral da prestação a qual as partes se obrigaram.

Entretanto, a Teoria do Adimplemento Substancial se apresenta como um limitador a esse direito potestativo do credor, quando a parcela inadimplida for tão ínfima que não tenha o condão de frustrar a função perseguida pelas partes com o negócio jurídico. Nesse caso, permitir ao credor

²⁵ BRASIL., op. cit., nota 13.

²⁶ BRASIL., op. cit., nota 5.

a resolução unilateral do contrato importaria no exercício abusivo do direito e violação ao princípio da boa-fé.

Considerando que a regra é o adimplemento, indaga-se a teoria do inadimplemento mínimo importaria em violação dessa regra e, conseqüentemente, ao princípio da segurança jurídica.

De acordo com Jorge Reinaldo Vanossi²⁷, o princípio da segurança jurídica pode ser conceituado como “o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos”. Nesse sentido, ao permitir que a teoria do adimplemento substancial mitigue as conseqüências do inadimplemento, tal princípio poderia ser abalado.

Contudo, deve-se ter em mente que a visão da obrigação como uma prestação de conteúdo estático, tal qual avençada pelas partes foi superada. Atualmente, fala-se em relação obrigacional, na medida em que o conteúdo da obrigação é dinâmico, cujo contorno é definido pelo comportamento das partes durante todo o contrato, à luz dos princípios da boa-fé e da confiança.

Dessa maneira, a forma pela qual o inadimplemento era encarado também foi alterada. Isso porque, muitas vezes, o cumprimento da prestação exatamente tal qual pactuada pode configurar um inadimplemento, na modalidade de violação positiva do contrato, quando descumpridos os deveres anexos da boa-fé ou frustradas as legítimas expectativas criadas pela conduta das partes.

Partindo da nova noção da obrigação e do adimplemento, tem-se que o artigo 475 do CC/02 não garante, a priori, a resolução unilateral pelo credor, quando, por critérios objetivos e em abstrato, a obrigação pactuada não for cumprida. Pelo contrário, o direito potestativo previsto no supracitado artigo só deve ser garantido quando a prestação não mais se mostrar útil e apta a desempenhar a função do negócio jurídico, levando-se em conta os princípios da boa-fé, da confiança e da função social dos contratos.

Nesse sentido, a teoria do adimplemento substancial garante a própria segurança jurídica, pois obsta o direito potestativo de resolução unilateral quando ele for exercido de forma abusiva, dissociada da causa do negócio jurídico e ao mero arbítrio do credor.

Isso porque, o instituto impõe uma análise específica do caso concreto, dos interesses envolvidos e do grau de utilidade da prestação e prejuízo do devedor. Permitir a resolução unilateral quando a parcela inadimplida é ínfima, importaria em um desequilíbrio ainda maior do que aquele

²⁷ VANOSSI apud: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros. p. 378.

causado pelo descumprimento originário. Conseqüentemente, o direito estabelecido pelo artigo 475 seria exercido de forma abusiva, violando os princípios da boa-fé e da função social.

Assim, caso existam soluções que melhor atendam a função do negócio jurídico e que melhor se coadunem com o comportamento das partes e com os deveres anexos da boa-fé, a extinção do contrato pelo credor não deve ser garantida, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Registre-se, entretanto, que a Teoria do Adimplemento Substancial deve ser aplicada com cautela, sob pena de se desvirtuar sua função. Tratando-se de uma exceção à regra do artigo 475 do CC/02²⁸, ela deve ser interpretada restritivamente, somente se aplicando quando presentes seus requisitos e as circunstâncias do caso concreto exigirem.

Cabe ao julgador, a partir de uma análise quantitativa (valor ou percentual pago) e qualitativa (circunstâncias do caso concreto) verificar a insignificância ou relevância do adimplemento, de modo a preservar a causa originária do negócio jurídico e a ponderar o interesse das partes.

Sobre este ponto, vale transcrever importante trecho do voto do ministro Antonio Carlos Ferreira, no julgamento do REsp 1.581.505²⁹, analisado no capítulo anterior:

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. Definitivamente, não. A sua incidência é excepcional, reservada para os casos nos quais a rescisão contratual traduz, *icto oculi*, solução evidentemente desproporcional. Sua aplicação, ademais, exige o preenchimento dos seguintes requisitos, bem delineados no julgamento do antes mencionado Recurso Especial n. 76.362/MT: 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. É a presença dessas condições que justifica a excepcional intervenção do Judiciário na economia do contrato.

Sendo assim, conclui-se que a Teoria do Adimplemento Substancial não se apresenta como um risco aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da função social, mas sim como um garantidor deles.

Portanto, sempre que o devedor descumprir uma parcela ínfima do contrato, mostrando preocupação e adimplir o restante, e, de outro lado, a prestação ainda se mostrar útil ao credor, o

²⁸ BRASIL., op. cit., nota 5.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.581.505. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1581505&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 25 fev. 2019.

direito potestativo previsto no artigo 475 do CC/02³⁰ deve ser afastado, privilegiando-se outras soluções que preservem o equilíbrio entre as partes. Dessa forma, são preservados os princípios regentes das relações contratuais modernas, quais sejam, a boa-fé objetiva, a função social externa e interna, confiança e a vedação ao abuso de direito.

Consequentemente, não há que se falar em subversão da regra de cumprimento regular e integral da prestação. Presentes os requisitos quantitativos e qualitativos, estará evidenciada a insignificância do inadimplemento e, cumulativamente, a utilidade e eficácia da prestação remanescente para o credor, razão pela qual a causa e a função do negócio jurídico celebrado será mantida.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a inexistência de previsão legal quanto ao instituto do adimplemento substancial, o que gera duas controvérsias fundamentais. A primeira, relativa aos requisitos de aplicabilidade da teoria e a segunda referente ao risco de subversão da ordem de cumprimento regular e integral das obrigações.

Não há dúvidas de que a teoria do adimplemento substancial é hoje consagrada doutrinária e jurisprudencialmente, tendo por fundamento os novos pilares das relações contratuais, quais sejam os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, da vedação ao abuso de direito e da preservação da confiança.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que, atualmente, é necessário o estabelecimento de parâmetros objetivos e subjetivos para a aplicação da teoria, a fim de evitar a existência de decisões conflitantes e a inversão da regra geral do adimplemento.

Diante da inexistência de previsão legal, a jurisprudência aplica o instituto para obstar a resolução unilateral dos contratos quando o devedor já cumpriu um determinado percentual do valor total contratado. Entretanto, a definição desse quantum parte da convicção de cada magistrado no caso concreto, o que, na prática, importa na coexistência de decisões incongruentes.

Ao longo dessa pesquisa, constatou-se a existência de diversas decisões contraditórias quanto à aplicação do inadimplemento mínimo quando o percentual adimplido se encontra entre

³⁰ BRASIL. op. cit., nota 5.

60% a 70% do valor devido. Por essa razão, concluiu-se pela insuficiência do critério quantitativo para embasar a aplicação do instituto.

O Adimplemento Substancial tem por objetivo coibir o abuso do direito de resolução unilateral do contrato, quando a parcela inadimplida for ínfima. Entretanto, a substancialidade do adimplemento deve ser verificada no caso concreto, levando-se em consideração não só o valor pago, mas também a causa do negócio jurídico, a utilidade da prestação para o credor, o grau de prejuízo para o devedor com a resolução do contrato e a existência de soluções alternativas que igualmente atendam aos interesses das partes.

Partindo dessa visão, constatou-se uma mudança na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que avançou no tema da delimitação do instituto, reconhecendo a insuficiência do critério quantitativo. Sendo assim, é imprescindível a adoção de critérios qualitativos e subjetivos pelo magistrado, para determinar a caracterização do adimplemento substancial.

Defendeu-se ainda que, a partir da adoção conjunta dos parâmetros quantitativos e qualitativos, não há que se falar em violação ao princípio da segurança jurídica ou em risco de subversão a regra de cumprimento regular e integral das obrigações.

Isso porque, os novos princípios contratuais, sobretudo o da boa-fé objetiva, implicaram a mudança na forma pela qual as obrigações e o adimplemento eram encarados. Atualmente, a obrigação é vista como uma prestação de conteúdo dinâmico, que se altera de acordo com o comportamento das partes durante a relação contratual, com as legítimas expectativas criadas e com os deveres laterais impostos pela boa fé.

Por essa razão, uma obrigação somente se considera adimplida quando, à luz dos princípios da boa-fé, da vedação ao abuso de direito e da função social dos contratos, o devedor atende às legítimas expectativas do credor e à causa do negócio jurídico. Em contrapartida, o cumprimento da prestação tal qual originariamente pactuada pode significar violação positiva do contrato quando os mencionados princípios não forem atendidos.

Partindo dessas premissas, argumentou-se que, quando o devedor deixa de cumprir uma parcela ínfima do contrato, porém, a parcela restante ainda se mostra útil ao credor, não poderia este último exigir a resolução unilateral do contrato. Permitir tal faculdade importa em um desequilíbrio maior do que o gerado pela conduta do devedor e, conseqüentemente, no exercício abusivo do direito.

Dessa maneira, conclui-se que a Teoria do Adimplemento Substancial foi introduzida justamente para garantir o princípio da segurança jurídica, orientando as consequências das condutas das partes contrato, à luz dos novos princípios contratuais.

Evidenciou-se, contudo, que, por ser uma exceção ao direito potestativo do credor de exigir a extinção do contrato, o adimplemento substancial deve ser aplicado com cautela. Neste ponto, revela-se de suma importância a observância dos parâmetros qualitativos e quantitativos em cada caso concreto, a fim de configurar a substancialidade do adimplemento.

Concluiu-se, portanto, que, observados os critérios mínimos de aplicação da teoria, não há que se falar em risco de subversão da regra de cumprimento regular e integral, na medida em que, diante da insignificância do inadimplemento e da persistência da eficácia da prestação remanescente, a causa do negócio jurídico e o interesse das partes estarão garantidos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução. *Revista do Advogado*, n. 98, 2008.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1965.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZZARINI, Joel Felipe. Aplicação da teoria do adimplemento substancial segundo a baliza da boa-fé objetiva. *Revista Jurídica*, nº 400, 2001.

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

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 25 fev. 2019.

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

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.537 e 545.

FURTADO, Gabriel. *Mora e Inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

IMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 838, 2005.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. nº 43, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

PRADO, Augusto César Lukascheck. *Direito Civil Atual - STJ avança na delimitação do adimplemento substancial (parte 2)*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/direito-civil-atual-stj-avanca-delimitacao-adimplemento-substancial-parte>> Acesso em: 27 dez. 2018.

RENERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*, v. nº 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. nº 11, jan./mar. 2017.

SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, ano 8, v. 32, p. 3-37, out./dez., 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1.976.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros.