



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Teoria do Adimplemento Substancial

Paula Cunha Menezes Torres

Rio de Janeiro

2009

PAULA CUNHA MENEZES TORRES

A Teoria do Adimplemento Substancial

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof^º. Nelson Tavares

Prof^º. Mônica Areal

Prof^ª. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro

2009

A Teoria do Adimplemento Substancial

Paula Cunha Menezes Torres

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

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que, em diversas situações, ainda que efetivamente haja um inadimplemento contratual de uma das partes, o que, em tese, ensejaria a extinção do contrato, deve-se, sempre que possível, em nome da função social dos contratos, da boa-fé objetiva, da razoabilidade e da justiça, preservá-lo, buscando outros meios para a satisfação do credor.

Palavras - chave: Direito Civil, Obrigações, Contrato, Extinção, Adimplemento e Inadimplemento e Boa-fé Objetiva.

Sumário: Introdução; 1. As Obrigações, o Contrato e a sua Extinção (ou não?); 2. Histórico da Teoria do Adimplemento Substancial; 3. Direito Comparado; 4. O Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Recepção da Teoria do Adimplemento Substancial; 5. Conceituação e Compreensão da Teoria do Adimplemento Substancial; 5.1. Espécies de Inadimplementos; 5.2. A Teoria do Adimplemento Substancial Propriamente Dita; 6. Pressupostos; 7. Aplicação Prática; 7.1. Contratos de Seguros; 7.2. Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia; 7.3. Contratos de Arrendamento Mercantil (*Leasing*); 7.4. Contratos Consumeristas; 8. Crítica aos Critérios Adotados para Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, tem por objetivo expor a questão do inadimplemento contratual e da extinção dos contratos, bem como da transformação destes institutos.

Para alcançar tal fim será abordada e dissecada, especificamente, a Teoria do Adimplemento Contratual, instituto de origem inglesa, advindo do *Common Law*, que foi, timidamente, conquistando seu espaço até ser, finalmente, agasalhado de forma definitiva na doutrina e na jurisprudência pátrias.

O que se pretende demonstrar é que, contemporaneamente, as situações de inadimplemento não devem ser analisadas de forma isolada do contexto fático. Pretende-se, ainda, demonstrar que a inexecução da obrigação não é algo absoluto e que os poderes e os direitos conferidos ao credor encontram determinados limites. Uma vez ultrapassados estes limites configurado está o abuso por parte do credor, o que deve ser sempre combatido.

As particularidades de cada caso concreto devem ser consideradas e destacadas para que, diante de hipótese de inadimplemento mínimo, ou seja, diante de um quase adimplemento da obrigação, se possa optar pela manutenção do contrato, sendo a sua extinção a última alternativa dentre as demais que se apresentam.

O conceito de inadimplemento contratual necessita de uma releitura à luz dos princípios que regem, atualmente, as relações contratuais, em especial, o princípio da função social dos contratos e o, tão, hoje, badalado, princípio da boa-fé objetiva, ambos de índole constitucional.

A partir desta releitura proposta outra conclusão não chegará o leitor que não seja pela aplicação da Teoria do Adimplemento, desde que tenham sido preenchidos os seus pressupostos. Trata-se de medida de extrema positividade, que permite a tutela jurídica do devedor e, em contrapartida, preserva o equilíbrio e a harmonização dos interesses contrapostos das partes. Somente assim se estará de fato no caminho da tão almejada justiça.

Não se pode em pleno século XXI permitir decisões draconianas, despidas de razoabilidade e justiça, tão somente pelo fato de que a lei, na sua leitura fria, dispõe de determinada forma.

As hipóteses que se apresentam atualmente, seja no dia-a-dia dos negócios do mundo globalizado, seja nos Tribunais, são infinitamente mais diversificadas do que poderia prever o nosso legislador e contam com um sem número de peculiaridades. Diante de tal dinamicidade cabe ao intérprete buscar aquilo que é mais adequado, razoável e justo no caso concreto, o que, por certo, inclui a Teoria do Adimplemento Substancial.

Ao longo do presente artigo será analisado, em primeiro lugar, o conceito de obrigação, contrato e adimplemento e inadimplemento. Será realizado um breve histórico da Teoria do Adimplemento substancial, desde sua criação até a sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, para, então, conceituar o instituto e demonstrar a sua importância prática e consequências nas relações jurídicas que se estabelecem. Por fim, será tecida uma breve crítica aos critérios adotados pela jurisprudência para a aplicação do instituto.

1. AS OBRIGAÇÕES, O CONTRATO E A SUA EXTINÇÃO (OU NÃO?)

A obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório, que se extingue pelo cumprimento. O seu objeto consiste em uma prestação economicamente aferível.

As fontes das obrigações são fatos jurídicos que dão origem aos vínculos obrigacionais, em conformidade com as normas jurídicas. São, assim, os fatos jurídicos que condicionam o aparecimento das obrigações.

Os fatos humanos que o nosso Código Civil considera geradores de obrigações são os contratos, as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos, dolosos e culposos.

O contrato é, sem dúvida alguma, a mais comum e também a mais importante fonte das obrigações, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. Hoje o contrato irradia seus efeitos ilimitadamente em razão da função social de que se reveste. É veículo de circulação da riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista.

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

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

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

Como forma de impedir a resolução unilateral do contrato diante do inadimplemento de uma das partes contratantes, a doutrina e a jurisprudência pátrias, em empreitada muito feliz, adotaram a Teoria do Adimplemento Substancial, objeto do presente trabalho. Com a adoção de tal doutrina a cláusula resolutiva restou, assim, relativizada e suavizada.

2. HISTÓRICO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

A Teoria do Adimplemento Substancial, recentemente recepcionada pela doutrina e jurisprudência pátrias, tem sua origem no sistema do *Common Law*, na Inglaterra do século XVIII. Os Tribunais ingleses, objetivando alcançar a justiça, relativizaram a exigência do exato e estrito cumprimento de um contrato celebrado.

O *leading case* inglês foi o caso *Cutter versus Powell* em meados de 1975. Powell contratou Cutter como imediato do navio em viagem que teve início em 02 de agosto de 1973, partindo de Kingston, na Jamaica, com previsão de chegada em

Liverpool em 09 de outubro de 1973. Contudo, o contrato acabou por não ser cumprido por ter Cutter falecido durante a viagem em 20 de setembro de 1973.

A viúva de Cutter moveu ação para receber, proporcionalmente, parte da quantia combinada diante dos trabalhos prestados por seu marido durante 19 dias. A ação foi julgada improcedente sob o fundamento de que, conforme o contrato celebrado, o pagamento estava condicionado ao cumprimento da obrigação, ou seja, ao sucesso da viagem, o que, de fato, não se sucedeu.

As Cortes da *Equity*, observando a injustiça de tal decisão e os potenciais efeitos perigosos por ela gerados, estabeleceram a *Substantial Performance*, deixando, assim, de se ocupar da natureza do dever violado para valorar a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da obrigação.

3. DIREITO COMPARADO

Não obstante sua origem inglesa, a Teoria do Adimplemento Substancial foi se espalhando pelo mundo. Atualmente pode-se, de modo muito confortável, afirmar que tal teoria é largamente aceita e aplicada nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo.

Na Itália é utilizado o *inadempimento de scarsa importanza*, no qual não se aceita o direito de resolução nos casos em que o inadimplemento seja de escassa importância. Em Portugal, a sistemática é semelhante à italiana, não sendo permitido resolver o negócio quando o interesse do credor é atingido pelo descumprimento parcial e de pouca importância.

Na França, em caso de inexecução parcial ou de pouca gravidade, tendo o credor auferido o benefício essencial do contrato, rejeita-se a resolução, somente cabendo pedido de indenização. No direito alemão, ao credor não é permitido resolver o contrato quando faltar apenas uma pequena parcela em relação ao todo porque satisfeito o seu interesse. Na Espanha só cabe a resolução nos casos em que o descumprimento for substancial.

Por fim, na Argentina só é possível a resolução quando o descumprimento impedir o fim tutelado pelo ordenamento jurídico e proposto pelos interessados.

4. O ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO E A RECEPÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Em nosso ordenamento jurídico, a Teoria do Adimplemento Substancial começou a surgir após a reforma do Judiciário de 1873. O primeiro nome a mencionar a Teoria do Adimplemento Substancial foi o jurista Clóvis do Couto Silva, sendo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido por suas posições vanguardistas, o primeiro acórdão que menciona a Teoria do Adimplemento, no ano de 1988.

Apesar de já vir sendo aplicada timidamente foi somente com o advento do Código Civil de 2002 que esta doutrina inglesa ganhou maior relevância.

Em que pese não tenha o novo *codex* previsto, tal qual também não o fazia o Código Civil de 1916, formal e expressamente, o adimplemento substancial para as

hipóteses de quase adimplemento da obrigação, pode-se sustentar, sem hesitar, que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza o instituto em comento.

Sua aplicação deve ser realizada interpretando-se os artigos 475 e 395, parágrafo único, ambos do Código Civil, que tratam do direito de resolução do contrato em caso de inadimplemento e da inutilidade da prestação para o credor com a possibilidade de resolução do contrato e indenização por perdas e danos.

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

Sobre o princípio da boa-fé objetiva, RIZZARDO (2004) leciona, com muita precisão, que a segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres.

Das lições de ALVES (2004) se depreende que a introdução da boa-fé objetiva nos contratos, como requisito de validade, de conclusão e de execução, em regra expressa e norma positivada no art. 422 do Novo Código Civil, trouxe consigo o delineamento da teoria da *substantial performance* como exigência e fundamento do princípio consagrado em cláusula geral aberta na relação contratual. É pela observância do princípio da boa-fé objetiva, notadamente aplicável aos contratos

massificados, que a teoria se situa preponderantemente, como elemento impediante ao direito de resolução do contrato.

5. CONCEITUAÇÃO E COMPREENSÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

5.1. ESPÉCIES DE INADIMPLEMENTOS

Conforme mencionado anteriormente, diante do inadimplemento contratual de uma das partes contratantes, a outra parte possui a faculdade de pedir a resolução do contrato. Contudo, a faculdade de pedir a resolução do contrato não é algo que deva decorrer automaticamente de um simples inadimplemento, tal como se poderia entender, por não se tratar de algo absoluto. Para fins de resolução do contrato, mister se faz que o inadimplemento seja fundamental.

Deve-se deixar assentado que o inadimplemento pode ocorrer de forma distinta. Dependendo da gravidade e das consequências causadas, o inadimplemento pode ser dividido em: inadimplemento relativo, no qual o cumprimento da obrigação ainda é possível; inadimplemento absoluto, no qual o cumprimento da obrigação é impossível, somente restando ao credor a resolução do contrato e a indenização por perdas e danos; e o inadimplemento insignificante, no qual o descumprimento é de tal forma mínimo, que não afeta – pelo menos não de forma substancial – os efeitos que se espera do contrato celebrado.

No inadimplemento absoluto ou fundamental a resolução deve, efetivamente, ocorrer e se justifica diante do descumprimento do essencial da obrigação, ou seja, do descumprimento da obrigação em seus elementos primordiais, inclusive com a frustração das legítimas expectativas do credor que fica, assim, totalmente insatisfeito. Aqui, não há como a obrigação ser cumprida de forma útil ao credor. O seu eventual cumprimento é, assim, absolutamente dispensável e desnecessário.

A Teoria do Adimplemento Substancial tem sua existência e validade quando se está diante da terceira modalidade de inadimplemento, qual seja, o inadimplemento insignificante, também conhecido por quase adimplemento.

Nesta situação, se verifica que houve cumprimento do essencial da obrigação, tendo havido a satisfação quase integral dos interesses do credor e sendo, ainda, interessante satisfazer o remanescente. Incabível, portanto, a resolução do contrato, sob pena de se permitir a má-fé e/ou o abuso de direito, o que é repugnado e vedado em nosso ordenamento jurídico.

Não obstante, diante do inadimplemento insignificante, será sempre cabível indenização por perdas e danos para que se compensem eventuais diferenças e/ou prejuízos na prestação imperfeita e, assim, possa ser mantido o tão almejado equilíbrio contratual.

O grande diferencial será, no caso concreto, o atendimento ou não do interesse do credor, sendo certo que o atendimento do interesse do credor somente poderá ser verificado em uma acurada e cautelosa análise do caso concreto.

5.2. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL PROPRIAMENTE DITA

De acordo com o famoso Dicionário Aurélio, adimplemento significa: “ato ou efeito jurídico de adimplir”. Indica cumprimento de uma obrigação, pagamento, implemento, solução, satisfação, quitação. Substancial, por sua vez, significa: “que tem substância; substancial”.

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

Esta é a essência da Teoria do Adimplemento Substancial. Note-se que não é de qualquer inadimplemento que se está a comentar e sim, tão somente, aquele no qual o descumprimento é ínfimo.

Nas palavras do ilustre jurista COUTO E SILVA, a quem, conforme acima referido, se atribui a introdução da Teoria do Adimplemento Substancial no país, o adimplemento substancial é um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização.

Para BECKER (2006) o adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas. Por esta razão, mantém-se o contrato, concedendo-se ao credor o direito a ser ressarcido pelos defeitos da prestação, porque o prejuízo, ainda que secundário, se existe deve ser reparado.

Para que seja aplicado o adimplemento substancial, no caso concreto, a obrigação deve ter sido cumprida em seus pontos relevantes, importantes e essenciais. A relação obrigacional concreta e seus objetivos devem ter sido efetivamente atingidos.

O adimplemento substancial analisa a obrigação em seu aspecto essencial e não no secundário. Não há supervalorização de elementos menos importantes.

O grau de descumprimento da obrigação é, assim, avaliado em toda sua extensão e não de maneira isolada ou com base na literalidade de certas cláusulas contratuais ou disposições legais o que, em um juízo apressado, poderiam autorizar a resolução do contrato.

Sendo insignificante ou irrisório o descumprimento diante do todo obrigacional não há de se decretar a resolução do contrato de maneira mecânica e automática. Ao revés, deve-se, com fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial, permitir o adimplemento pelo devedor e “salvar” o contrato.

Não há dúvida de que esta é a opção mais acertada. Contudo, não se deve olvidar de que mesmo havendo descumprimento insignificante, se há perda total do interesse do credor, a resolução do contrato será sempre possível. Afinal, não se pode perder de vista o equilíbrio necessário a qualquer negócio jurídico.

O adimplemento substancial atua, portanto, como instrumento de equidade, permitindo aos magistrados soluções razoáveis e sensatas, obviamente respeitando as peculiaridades e particularidades de cada caso. Em nome da boa-fé objetiva, da vedação ao enriquecimento sem causa e ao abuso impede que sejam perdidas todas as prestações já adimplidas.

6. PRESSUPOSTOS

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

Nesse sentido, se destacam, resumidamente: a) o cumprimento expressivo do contrato; b) a insignificância do inadimplemento; c) a prestação realizada que atenda à finalidade do negócio jurídico; d) a satisfação do interesse do credor; e) a boa-fé objetiva na execução do contrato; f) a diligência por parte do devedor; g) a preservação do equilíbrio contratual; h) a ausência de enriquecimento sem causa e de abuso de direito, de parte a parte. Verificando-se tais pressupostos deve a Teoria do Adimplemento Substancial ser aplicada na sua plenitude.

7. APLICAÇÃO PRÁTICA

A Teoria do Adimplemento Substancial tem sido aplicada, com freqüência, em diversas espécies de contratos e situações fáticas nos tribunais do país.

Tendo em vista que o aprendizado não pode prescindir da prática, sendo faces de uma mesma moeda, a seguir se traçará um panorama da aplicação prática deste instituto, ora em comento. Para tanto se trará à colação alguns julgados recentes que fundamentaram suas decisões na Teoria do Adimplemento Substancial para impedir a resolução dos contratos.

7.1. CONTRATOS DE SEGUROS

Nos contratos de seguro a utilização e a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial têm sido fundamentais ao desenvolvimento equânime da atividade securitária brasileira.

Não obstante dispor o artigo 763 do Código Civil que não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, ocorrendo o sinistro antes de sua purgação total, não seria razoável a negativa da indenização pela seguradora, diante de situações em que, por exemplo, tendo sido o pagamento convencionado em 12 parcelas mensais, o sinistro ocorresse no 11º mês, quando o devedor se encontrava em mora com relação à prestação correspondente.

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

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

Nesse mesmo sentido entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quando do julgamento da Apelação Cível 2006.001.12731. Ali ficou estabelecido que era devida a cobertura ao segurado que teve sinistro quando somente restavam 2

meses para a cobertura completa da moléstia sob o fundamento de que se operou o adimplemento substancial da carência.

7.2. CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A Teoria do Adimplemento Substancial também encontra terreno fértil nos contratos de alienação fiduciária em garantia, nos quais o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la.

Para se evitar a busca e apreensão do bem com a conseqüente perda do bem pelo devedor e a extinção do contrato se recorre à Teoria do Adimplemento Substancial, desde que, evidentemente, se verifique que ainda resta interesse ao credor no adimplemento da obrigação.

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

Em outra oportunidade, agora no Recurso Especial 272.739, restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, na lavra do mesmo ilustre Ministro, que, diante da Teoria do Adimplemento Substancial, a falta apenas da última prestação do contrato não autoriza o credor a fazer uso de ação para extinção do contrato, em lugar da cobrança da parcela faltante, salvo se demonstrada a perda do interesse na

continuidade da execução. O julgado destacou que a extinção do contrato não atendia à boa-fé objetiva, que deve permear todos os contratos.

7.3. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*)

Em contratos de arrendamento mercantil, mais conhecidos por *leasing*, no qual, nas lições da conceituada DINIZ (2000), pretendendo-se utilizar determinado bem, se consegue que uma instituição financeira o adquira, arrendando-o por tempo determinado, possibilitando-se ao arrendatário, findo o prazo, optar entre a devolução do bem mediante um preço residual, previamente fixado no contrato, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas, a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial também se opera.

Aqui, mais uma vez, se verifica a clara posição adotada pelos tribunais pátrios pela aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível 779.582-0/7, demonstrou sua opção quando se viu diante de situação em que o réu havia deixado de pagar apenas 8 de 36 parcelas, por razões de saúde. O entendimento desta corte não foi outro senão pela reforma da sentença de primeiro grau, que determinou o pagamento de todas as parcelas em aberto e o perdimento do bem. A intenção de evitar o abuso de poder da parte credora da obrigação, o abuso de direito, bem como a intolerância desleal do credor restaram mais do evidenciadas neste caso concreto.

7.4. CONTRATOS CONSUMERISTAS

Não obstante o imenso alcance da teoria do Adimplemento Substancial, como bem se pôde verificar acima, deve-se ter cautela quando o tema é o direito do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e nos demais princípios que o norteiam, possibilita ao consumidor, parte vulnerável e hipossuficiente da relação jurídica, a substituição do produto ou serviço, a restituição do valor pago ou o abatimento proporcional do preço, diante do vício que se apresentou, não importando o grau de comprometimento.

Assim, aplicar a Teoria do Adimplemento Substancial nas relações consumeristas somente beneficiaria o fornecedor, causando o desequilíbrio que o CDC, em importante missão constitucional, tanto busca impedir com suas medidas afirmativas e protetivas ao consumidor.

Entretanto, não se deve afastar a Teoria do Adimplemento Substancial por completo das relações de consumo. O que se propõe como sendo o mais adequado e sensato é sempre, antes de se recorrer à interpretação literal de dispositivos legais ou contratos, analisar o contrato em toda a sua extensão, bem como o comportamento das partes no decurso do vínculo, os efetivos e reais prejuízos de parte a parte, a natureza e a finalidade do negócio e o número de prestações já pagas.

Somente desta forma, é possível avaliar se houve descumprimento real e não meramente formal do contrato. Atuando de outra maneira corre-se o risco de se

chancelar, por via oblíqua, interpretações que ofendem o bom senso e levam ao absurdo.

8. CRÍTICA AOS CRITÉRIOS ADOTADOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBTANCIAL

Antes de concluir o presente artigo, não se pode deixar de tecer alguma crítica aos critérios, atualmente, adotados pela jurisprudência pátria, para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

Em doutrina se sustenta a aplicação do critério econômico, como elemento meta jurídico útil para se avaliar a legitimidade da resolução contratual, na medida em que o contrato desempenha função econômica. Contudo, não se pode olvidar que o fundamento principal de avaliação a ser utilizado deve sempre estar na Constituição Federal, na dignidade da pessoa humana e nos princípios éticos, que são prevalentes, por óbvio, sobre os aspectos econômicos.

Não há dúvida de que os aspectos patrimoniais podem ter influência sobre direitos existenciais, o que acentua a necessidade de estabelecimento de mecanismos de equilíbrio dos interesses patrimoniais e extrapatrimoniais. No entanto, deve-se ter bem sedimentada a ideia de que a utilização de critério econômico deve se dar em caráter complementar, suplementar, jamais como critério único.

A adoção de um critério matemático rígido, como vem, atualmente, fazendo certa jurisprudência, que admite a configuração do adimplemento substancial

somente e sempre que for cumprida 80% da prestação em todos os tipos contratuais, acaba por desfigurar o instituto.

Não se está aqui, de modo algum, a sustentar o equívoco dos julgados que, diante do adimplemento de 80% das prestações, aplica a Teoria do Adimplemento Substancial e impede a resolução do contrato. O que deve ser destacado é que uma adoção generalizada do critério matemático, que deixa de considerar os importantes critérios estritamente jurídicos, além de questionável sob o ponto de vista da eficiência, desvirtua o instituto.

O mesmo se aplica para a adoção automática da Teoria do Adimplemento Substancial diante da ausência do pagamento da última parcela. Em se estando diante desta situação fática pode-se sim recorrer à Teoria do Adimplemento, entretanto, sua aplicação deve estar justificada e fundamentada, não sendo suficiente o fato de que somente restava uma última parcela.

Além disso, não se devem admitir decisões que aplicam a doutrina do adimplemento substancial sob o único fundamento de que a maioria das parcelas já foram pagas. Isto porque o conceito de maioria não é imutável e fixo. Com absoluta certeza aquilo que é maioria para alguns não o é para outros.

A análise e a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial deve, assim, ser sempre casuística e complexa. Deve-se verificar a boa-fé objetiva, o justo impedimento no cumprimento da integralidade das prestações, o interesse do credor, sob pena de o instituto do adimplemento substancial, que foi desenvolvido para garantir o equilíbrio contratual e impedir o enriquecimento sem causa, ser utilizado como estímulo ao enriquecimento ilícito.

CONCLUSÃO

O tema abordado ao longo deste artigo, não obstante, nos últimos anos, ter sido largamente utilizado por nossos Tribunais, que tão somente confirmaram aquilo que já era o entendimento da doutrina, ainda é polêmico.

Para alguns a Teoria do Adimplemento Substancial carece de positivação. Para outros sua aplicação provoca instabilidade e insegurança jurídica, posto que o credor não mais teria as garantias necessárias à celebração do negócio jurídico.

Como resposta a essas críticas tecidas à Teoria do Adimplemento Substancial, destaca-se que não somente se trata de instituto positivado no nosso ordenamento jurídico, mas também é medida que gera segurança nas relações jurídicas e equilibra as partes em momentos de crise, de desequilíbrios.

O fato é que a Teoria do Adimplemento veio para ficar. Possui fundamento legal de validade e permite que a razoabilidade e a justiça sejam concretizadas, o que demonstra a sua relevância no ordenamento jurídico.

A recepção em nosso sistema jurídico da Teoria do Adimplemento Substancial, além de estar em perfeita sintonia com os princípios e valores que norteiam o Direito Civil contemporâneo, atuando como fator de correção e adaptação de disposições legais e contratuais à realidade, é medida que se impõe como mecanismo de materialização da justiça contratual.

Assim, se propõe que o leitor faça uma reflexão. O piloto automático deve ser desligado. A partir daí, ao analisar um contrato, o importante é ter em mente que o inadimplemento não é algo absoluto, logo também não o é o direito de pedir a resolução do contrato por parte do credor. Assim, somente se deve extinguir o

contrato quando não mais se apresentar outro meio, outra via. Em havendo um inadimplemento mínimo, ínfimo, a opção não pode ser outra que não a aplicação, em sua plenitude, da Teoria do Adimplemento Substancial. Deve-se, no entanto, ter cautela nos critérios adotados, posto que, por vezes, uma opção equivocada pode desnaturar tão belo instituto.

Para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial é, assim, imprescindível que se realize um profundo e acurado exame da situação fática, sob as lentes da concreta realidade vivenciada pelas partes, afastando-se uma análise realizada sob uma perspectiva formal-obscurantista que, em uma análise mais desatenta poderia se mostrar correta e justa, mas que somente contribui para o distanciamento entre o Direito e a Justiça.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALVES, Jones Figueiredo. “O Adimplemento Substancial como Elemento Decisivo à Preservação do Contrato”. *Revista Jurídica Consulex*, n. 240, 2004, p. 35.

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*, V. 9, n. 1, 2006, p. 60.

CASTRO NEVES, José Roberto. “As Garantias do Cumprimento da Obrigação”. *Revista da Emerj. Rio de Janeiro*, V. 11, n. 44, 2008, p. 174/213.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 3 ed. V. II. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 5 ed. V. III. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos: Lei 10.406, de 10.01.2002*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Parte Geral das Obrigações*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Clóvis do Couto. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.