

ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DOS CONTRATOS PELA ÓTICA SUBJETIVA

Ariel Barbosa

Prof. Gabriela Pereira dos Santos

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo identificar as divergências sobre a segurança para aplicabilidade dessa teoria com finalidade de perceber o que se entende por “substancial” para que o contrato se conserve ou tenha uma resolução por descumprimento do propósito contratual; averiguar a teoria do adimplemento substancial na jurisprudência; verificar as influências dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva na teoria do adimplemento substancial;

Palavras-chave: Teoria do Adimplemento Substancial, Subjetivismo, Direito Brasileiro.

ABSTRACT

This academic paper aims to identify the divergences for security applicability of this theory, in order to perceive what it is understood by "substantial", so that the contract is preserved or has a resolution for noncompliance of the contractual purpose; to ascertain the theory of substantial compliance in jurisprudence; to verify the influences of the principles of "social function of contracts" and "objective good-faith" in the theory of substantial compliance.

KEYWORDS: theory of substantial compliance, subjectivism, Brazilian law.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 ORIGEM DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL 2.1 DIREITO COMPARADO 3 DEFINIÇÕES DE CONTRATO E TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL 3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E A AÇÃO DE COBRANÇA 4 PRINCÍPIOS BASILARES DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL 4.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA 4.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO 4.3 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO 5 PRÁTICA DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL 6 DELIMITAÇÕES DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 8 REFERÊNCIA.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo identificar as divergências sobre a segurança para aplicabilidade dessa teoria com finalidade de perceber o que se entende por “substancial” para que o contrato se conserve ou tenha uma resolução por descumprimento do propósito contratual.

A Teoria do Adimplemento Substancial dos Contratos, teoria que surgiu do ordenamento jurídico inglês, foi conquistando seu lugar, até finalmente ocupar um espaço nas jurisprudências e doutrinas.

O que se pretende analisar é que, há um subjetivismo implícito na teoria do adimplemento substancial, de forma que sua análise não poderá ser feita de maneira afastada do contexto fático.

A minúcia de cada caso concreto deve ser averiguada, ante uma hipótese de inadimplemento “insignificante”, dessa forma, diante de um quase cumprimento do dever, se possa priorizar a sustentação do contrato, sendo sua resolução o último ato a ser cometido.

Por algum motivo a pessoa teve problemas no pagamento das parcelas seguintes, não estará sujeito a uma ação de recusa de prestação de serviços ou retomada dos bens adquiridos. Poderá o credor ingressar com uma ação judicial convencional de cobrança.

Clóvis do Couto e Silva entende que quando o resultado está próximo ao final de se consumar e observado o comportamento dos contratantes, é eliminada a possibilidade de uma resolução, para que não se causem danos aos princípios:

Constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva). (SILVA, 1980, p. 56).

Destarte, não versa apenas sobre sua aplicabilidade ou positivação, mas sim sobre os limites e critérios que deverão ser utilizados pelos tribunais para que não haja uma inversão na ordem logico-jurídica do contrato.

Não se pode nos dias atuais permitir decisões resolutivas, sem qualquer espécie de razoabilidade por inadimplemento ínfimo.

Cada caso deve se buscar uma forma mais digna, de resolver o inadimplemento gerado, o que inclui, por fim, a teoria do adimplemento substancial.

Ao longo do trabalho, será demonstrado sua origem do adimplemento substancial, os caminhos percorridos até a chegada ao ordenamento jurídico brasileiro. Conceito de contratos, assim como, princípios que regem a Teoria do adimplemento substancial e suas consequências nas relações jurídicas. Por fim, serão realizadas críticas ao subjetivismo adotadas pelas jurisprudências e doutrinas.

2. ORIGEM DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial teve sua origem no direito inglês, no século XVIII, teoria baseada com o caso *Boone v. Eyre*, de 1779. Caso julgado por *Lord Mansfield* em que se baseou na necessidade de relativização de certas exigências a fim de evitar a resolução do contrato sem que atinja sua finalidade.

O caso *Cutter versus Powell* em meados de 1795. Partindo de Kingston, Jamaica para chegada em 09 de outubro de 1794 em Liverpool. Porém, Cutter acabou vindo a óbito abordo em 20 de setembro de 1794, não podendo, por força maior, terminar o contrato.

A ação foi movida pela viúva de Cutter para receber uma proporção da soma combinada pelo trabalho prestado a bordo. A ação foi julgada improcedente, esclarecendo que, conforme o contrato, o valor do pagamento só seria feito mediante êxito da entrega, o que, de fato, não ocorreu.

Anelise Becker cita o ocorrido da seguinte forma:

Sua viúva postulou em juízo o valor que lhe seria devido pelo trabalho prestado a bordo. Foi decidido que ela não teria direito a nenhum salário, nem mesmo pelo período durante o qual Cutter trabalhara de 02 de agosto a 20 de setembro, pois o Tribunal entendeu não haver Cutter executado a obrigação de servir, como imediato, de Kingston a Liverpool. Tendo sido estipulado que sua remuneração seria pelo total da viagem, completá-la representava *condition* para seu pagamento. (Revista da Faculdade de Direito da

Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, v. 9, nov. 1993, p.62.).

Nesse caso, Cutter não descumpriu com o contrato porque morreu no meio do Atlântico, mas seu direito de receber o pagamento estava condicionado ao sucesso da viagem.

Continua Anelise Becker ao descrever:

Começou-se a cogitar, então, da gravidade do incumprimento para efeitos de outorga da resolução, como forma de proteger a contra parte. E a noção *de substancial performance* surgiu da inversão do ponto de vista do julgador que, de apreciar a gravidade a partir da inexecução, passou a considerar a execução, a fim determinar se ela satisfazia em substância a totalidade das obrigações estipuladas, apesar de sua imperfeição. (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, v. 9, nov. 1993, p.62.).

Observando a arbitrariedade da resolução e seus efeitos danosos, as Cortes da *Equity* aplicaram a teoria do adimplemento substancial, possibilitando uma decisão mais adequada observando o princípio da boa-fé objetiva considerando quase totalidade do contrato.

2.1 Direito Comparado

A teoria do adimplemento substancial em seu caráter internacional é oriunda dos países do sistema *comomm law*, tendo em vista, o fato da necessidade de harmonia das relações jurídicas contratuais, houve crescente utilização desta visão contratual.

Na Itália é utilizado o *inadempimento de scarsa importanza* na legislação, diminui os custos argumentativos para seu uso pelo juiz, ao mesmo tempo em que limita seu emprego para além das bordas legais conhecidas de todos. Tem-se, portanto, maior suporte jurídico e um desincentivador à judicialização. O artigo 1.455 do Código Civil Italiano diz em tradução feita por Paulo Luiz Neto Lôbo, que “O contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância, resguardado o interesse da outra” (LÔBO, Saraiva, 2011, p.195.), cabendo ao juiz analisar a gravidade do inadimplemento.

Em Portugal, exerce função parecida com o Art. 1455 do ordenamento italiano, pois quando o interesse do credor é atingido pela inobservância de pouca importância, o contrato não sofre resolução, assim expressa no seu Art. 802, nº 2, do Código Civil:

1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância. (Código Civil Português, 1966.)

Na França, tendo o devedor um débito parcial de pouca gravidade, tendo o credor recebendo boa parte do benefício, rejeita-se a resolução. O artigo 1184 do Código Civil francês, determina que:

As convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram. Só podem elas ser revogadas pelo seu consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite. Devem ser executadas de boa-fé. (Código Napoleão (francês), p. 254).

O adimplemento substancial é formado a partir dos artigos 1184 e 1134 do Código Civil, inexistindo dispositivo legal expresso que regule esse instituto. No entanto, essa ausência não obsta o reconhecimento do adimplemento quase integral da prestação o qual impede a resolução, mas fundamenta o pedido de perdas e danos a favor da parte adimplente.

No direito alemão foi apenas na sua reforma realizada em 2002, que houve a positivação sobre o inadimplemento. Ao credor não é permitido resolver o contrato quando faltar apenas uma pequena parcela em relação ao todo. Há uma menção expressa ao princípio da boa-fé e ao adimplemento substancial em seu código civil;

Eduardo Luiz Bussatta ressalta que não é cabível resolução contratual quando uma parte ínfima é devida, seja na obrigação principal ou acessória:

Ao credor não é permitido resolver o contrato quando faltar apenas uma pequena parcela em relação ao todo, cuja ausência não impede a satisfação do seu interesse. Se este é mantido, há a caracterização do adimplemento substancial neste sistema jurídico, como prevê § 323 (5) do código civil alemão ao regular esse instituto na medida em que prevê se a lesão obrigacional decorrente da ausência da execução da prestação do devedor for insignificante não caberá resolução; seja a prestação decorrente de uma obrigação principal

ou acessória. (BUSSATA, Resolução dos contratos e Teoria do adimplemento substancial. p. 44).

O Código Civil Argentino na mesma direção, ressaltando o princípio da boa-fé objetiva na relação obrigacional bilateral.

Observa-se que tais considerações, nos termos e princípios supracitados, também são adotadas para a aplicação da teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro.

3. DEFINIÇÕES DE CONTRATO E TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, em consonância da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma uniformização de interesses entre as partes, com o intuito de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Maria Helena Diniz explica que o contrato nasce do acordo de vontade entre as partes, com finalidade de atingir seus interesses:

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, 2008, SARAIVA).

Nas palavras do Jurista, Orlando Gomes “Contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.”(GOMES, Edit. Forense - 12ª Ed. pag. 11).

Maria Bernadete Miranda relata na Revista Virtual Direito Brasil a origem etimológica da palavra *contractus* levando ao pacto das partes, formando direitos e deveres que serão cumpridos até que atinja sua finalidade:

A origem etimológica do vocábulo contrato conduz ao vínculo jurídico das vontades com vistas a um objeto específico. O verbo *contrahere* conduz a *contractus*, que traz o sentido de ajuste, convenção ou pacto, sendo um acordo de vontades criador de direitos e obrigações. É o acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer. É o trato em que duas ou mais pessoas assumem certos compromissos ou obrigações, ou asseguram entre si algum direito. Contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a

finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos. (MIRANDA, 2008, Vol. 2, nº 2).

O adimplemento substancial informa que se o devedor quitou parte considerável de sua dívida, e teve infortúnio para solver as últimas, não estará sujeito à recusa da prestação de serviço ou uma ação de retomada do bem, a cobrança deverá ocorrer, sem que haja uma ação para retomada do bem. O procedimento de acordo com a maioria doutrinária seria procurar a forma adequada à percepção da prestação faltante, por meio de uma ação de cobrança.

3.1 Responsabilidade Civil e a Ação de cobrança

A ideia de responsabilidade civil estabelece uma forma de manter a ordem patrimonial, ou mesmo moral, sofrido por um indivíduo ou pela coletividade. Tinha como objetivo principal, reparar danos através de indenização, sendo, em sua maioria, dinheiro.

Silvio de Salvo Venosa leciona: “A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação”. (VENOSA, 2013, p. 5).

Dispõe ainda que toda responsabilidade traz consigo uma consequência que deverá ser tutelada, para que não sofra uma indenização:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. (VENOSA, 2013, p. 1).

A responsabilidade Civil do contrato ocorre quando a pessoa, ao descumprir uma obrigação contratual, causa prejuízo a outrem, sendo obrigado a indenizar a vítima por perdas e danos, nos moldes do artigo 389, do Código Civil, que profere, “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.” (Código Civil Brasileiro, 2002).

Leciona Carlos Roberto Gonçalves que o obrigado não será condenado a indenizar os danos provando que as circunstâncias ocorreram por forças alheias a sua vontade.

Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o ônus *probandi*. (GONÇALVES, 2013, p. 63).

O inadimplemento contratual, em termos de responsabilidade, presume-se culposo, cabendo à vítima provar apenas o descumprimento do avençado. Assim, resta ao agente, a fim de isentar-se da responsabilidade, provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Em regra geral o credor deve propor a ação de cobrança no foro de domicílio do devedor, sendo a dívida cobrada na justiça comum, os valores maiores que 40 salários mínimos, mas se a dívida não ultrapassar esse valor, pode-se cobrar no Juizado Especial Cível, no foro de domicílio do credor.

4. PRINCÍPIOS BASILARES DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

No Brasil a teoria foi instituída para superar muitos exageros nas execuções de contratos. Não há previsão expressa na legislação brasileira, mas a doutrina e a jurisprudência reconhecem a sua existência baseadas nos princípios norteadores.

Diante dessa teoria, cumprida quase a totalidade da obrigação, deverá o credor procurar outro meio jurídico para cobrar o devido sem requerer a resolução do contrato. Ao tratar sobre o tema, Tartuce aduz:

Pela teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*), em hipóteses em que a obrigação tiver sido quase toda cumprida, não caberá a extinção do contrato, mas apenas outros efeitos jurídicos visando sempre à manutenção da avença [...]. (TARTUCE, 2016, p. 455).

Também, na IV Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo STJ em 2006, aprovou-se o Enunciado n. 361 CJF/STJ, diz: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar à função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

A teoria vem baseada em princípios importantíssimos previstos no mesmo código, tais como: Função social dos contratos (art. 421), Princípios da boa-fé objetiva (art. 422) e enriquecimento sem causa (art. 884).

4.1 Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é aferida a partir das condutas de qualquer sujeito de uma relação contratual. Em que pese a jurisprudência já mencionar o dever de guardar condutas que caracterizem boa-fé antes da promulgação do Código Civil de 2002, a partir do novo diploma normativo a previsão passou a ser textual em dispositivo que regula as relações contratuais, dizendo, no Art. 442 que, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (Código Civil Brasileiro, 2002).

Nesse sentido, manifesta Maria Helena Diniz, que a boa fé-objetiva demonstra um padrão de conduta honesta e honrada, impedindo certos abusos das partes contratantes seja nas obrigações principais ou acessórias:

A boa-fé subjetiva é atinente ao dato de se desconhecer algum vício do negócio jurídico. E a boa-fé objetiva, prevista no artigo sub examine, é alusiva a um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo o comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias, inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente. (DINIZ, 2014, p. 418).

Ao conceituar a boa-fé, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona destacam o caráter principiológico deste instituto que traz diretriz ética, moral e jurídica para balizar a boa-fé objetiva:

[...] a boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer que, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente. (STOLZE e PAMPLONA, 2014, p.90).

Renata Domingues Balbino Munhoz Soares esclarece que a boa-fé objetiva é dicotômica trazendo aspectos positivos e negativos das obrigações mantendo lealdade e cooperação para que a finalidade seja alcançada:

A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um sentido negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos

desleais; o segundo, diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada. (SOARES, 2008, p. 83).

Assim, a boa-fé envolve o direito, englobando-o, firmando-lhe os contornos, estabelecendo o dever-direito de se exercitar as pretensões e as prestações segundo a mesma.

4.2 Princípio da função social do contrato

A função social do contrato corresponde a um princípio contratual de ordem pública. No contrato, as partes estão em posição horizontal, devendo agir com boa-fé objetiva, cooperação, honestidade e lealdade. Tal princípio tem como uma de suas características a limitação da liberdade contratual, previsto no Art. 421, que diz “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (Código Civil Brasileiro, 2002).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o princípio da função social dos contratos se resume a um pilar constitucional provedor de justiça e igualdade entre os contratantes:

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contratantes. (GONÇALVES, 2012, p. 22).

No mesmo sentido, diz Miranda traz a ideia de que o princípio basilar para a formação do contrato, inclusive poderá atingir terceiros, além da sociedade, aplainando a norma contratual:

Trata-se, sem sombra de dúvida, do princípio básico que deve reger todo o ordenamento normativo no que diz respeito à matéria contratual. O contrato, embora aprioristicamente se refira somente às partes pactuantes (relatividade subjetiva), também gera repercussões e - por que não dizer? - deveres jurídicos para terceiros, além da própria sociedade, de forma difusa. (MIRANDA, 2008, p. 03).

Ignorando a função social dos contratos, deverá ser aplicado o Art. 166, inciso II do Código Civil, que aduz “É nulo o negócio jurídico quando: for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;” (Código Civil Brasileiro, 2002), pois um contrato fora

das normas legais, trará vícios consigo, uma vez que é avesso a ordem jurídica e seu propósito, levando-o a nulidade, mesmo não prevista medida punitiva.

4.3 Enriquecimento ilícito

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, destaca que enriquecimento ilícito é "o acréscimo de bens que, em detrimento de outrem, se verificou no patrimônio de alguém, sem que para isso tenha havido fundamento jurídico". Entende-se, que enriquecimento sem causa, enriquecimento injusto, enriquecimento indébito e enriquecimento ilícito são sinônimos. Institui o Código Civil no seu Art. 884, que "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários." (Código Civil Brasileiro, 2002).

Maria Helena Diniz afirma que pagamento indevido funda-se no princípio de enriquecimento sem causa, e conceitua:

Pagamento indevido é uma das formas de enriquecimento ilícito, por decorrer de uma prestação feita por alguém com o intuito de extinguir uma obrigação erroneamente pressuposta, gerando ao *accipiens*, por imposição legal, o dever de restituir, uma vez estabelecido que a relação obrigacional não existe, tinha cessado de existir ou que o devedor não era o *solvens* ou o *accipiens* não era do credor. (DINIZ, SARAIVA, 2002).

Ruy Rosado de Aguiar assim pronunciou demonstrando que o artigo 884 do Código Civil vedou o vácuo jurídico para que o lesado tenha um meio de suprir o dano:

O art. 884 veio dispor expressamente sobre o enriquecimento sem causa, preenchendo uma lacuna do nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida. É, no entanto, uma ação subsidiária, a ser usada se o lesado não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo (art. 885). (AGUIAR, v. 775, p. 29).

O princípio do enriquecimento sem causa não decorreu de um conjunto único de entendimento de caráter regular, ocorreu o oposto, desde suas origens, onde existiam apenas meros pressupostos do instituto, até os dias atuais, pode-se dizer que o seu desenvolvimento fora aplicado por diversas vezes ao longo da história, sem algo em comum entre eles, e que a partir de tal disparidade alcançou um conceito para o princípio em evidência.

5. PRÁTICA DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

O adimplemento substancial diz respeito a efetivação em praticamente toda a integridade da obrigação contratual, que por algum motivo não foi cumprida. Em sua essência, a teoria do adimplemento substancial é utilizada para que o credor não venha pleitear a resolução do contrato em razão de um descumprimento parcial e ínfimo da obrigação.

Assim, “o inadimplemento é a não realização da obrigação, conforme prevista, independente do motivo ou causa, seja total ou parcial. Uma vez que, constitui dever lateral decorrentes do princípio da boa-fé objetiva” (MARTINS, 2011, p. 22).

De acordo com o autor referenciado, “o não cumprimento de disposições legais cogentes, supletivas ou laterais decorrentes do princípio da boa-fé também caracteriza o inadimplemento, ainda que a obrigação principal tenha sido cumprida” (MARTINS, 2011, p.24).

Nesse seguimento, o contrato será conservado, evitando-se, assim, uma resolução desnecessária, devendo ser levado em consideração todo tempo que seria utilizado com recursos e gastos financeiros, tendo em vista, que não foi cumprida uma parte ínfima do contrato.

Essa teoria encontra-se de maneira velada no ordenamento jurídico brasileiro, baseando-se na Constituição Federal e no Código Civil, como acessório para buscar equidade entre as partes. Em essência, o adimplemento substancial se aplica na valorização e preservação da justiça e do equilíbrio da relação contratual.

6. DELIMITAÇÕES DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Ao fazer uma análise do subjetivismo do adimplemento substancial, fica claro que, não recai sobre sua finalidade ou positivação, mas sim sobre os limites e sistemas que deverão ser utilizados pelos tribunais.

Qualquer subjetivismo encontrado no caso concreto, deverá ser retificado com base nos princípios supracitados.

Da prática da teoria do adimplemento substancial, há um julgado do STJ, tendo como objeto da ação um contrato de aluguel entre uma instituição financeira e uma empresa transportadora, onde o contrato foi cumprido em cerca 83% do total.

Segundo Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino da Terceira Turma, havendo inadimplência, o credor deverá requerer uma ação de cobrança e não a resolução contratual. A resolução contratual por valor ínfimo prejudica os contratantes. Dessa forma fica preservado o direito de crédito. Assim:

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC). Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão “adimplemento substancial”, limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade. Naturalmente, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato. Poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma indenização (perdas e danos), mas não a extinção do contrato. No caso, o reconhecimento pela corte de origem da ocorrência do adimplemento substancial amolda-se perfeitamente à jurisprudência desta Corte. Por tudo isso, encaminho o voto no sentido de negar provimento ao recurso especial. (STJ, Resp. 1.200.105/AM, j. 19.06.2012, DJe 27.06.2012).

Na decisão apresentada, o julgador optou por afastar o recurso baseado no princípio da função social, evitando que a transportadora fosse prejudicada.

Em outro processo, o Relator Fernando Estevam Bravin Ruy entendeu de forma diferente dando provimento ao Recurso aduzindo que o saldo devido correspondia a um valor notório, assim como os encargos transcorridos. Da seguinte forma:

A incidência da teoria do adimplemento substancial resta condicionada à verificação, no caso concreto, de um saldo devedor mínimo em relação à expressão econômica do contrato, sendo que o adimplemento de 83,33% (oitenta e três, trinta e três por cento) das parcelas não corresponde ao pagamento exigido, mormente quando considerados os encargos decorrentes da inadimplência. (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ-ES - Apelação: APL 00290391620158080035).

Complementa de forma rígida, “Além disso, a aplicação da teoria do adimplemento substancial somente é possível quando ocorrer o pagamento de mais de 90% (noventa por cento) das parcelas contratadas, o que não ocorre no caso concreto”, (Fernando Estevam Bravin Ruy - APL 00290391620158080035).

Dessa forma, entendeu que a teoria do adimplemento substancial não poderia ser aplicada aos processos que não atingiam a porcentagem mínima de 90% do valor quitado em questão, contrariando alguns entendimentos dos diversos Tribunais.

O entendimento atual do STJ tem se guiado pelo equilíbrio, buscando a efetivação das decisões justas, como informa o Relator Ministro Luis Felipe Salomão.

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos."

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial Adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido. (STJ – Resp.1051270/RS, 05/09/2011).

Dessa forma negou provimento ao recurso em detrimento do pagamento de 86% da obrigação total, e que o restante se tratava de meras prestações ínfimas.

Há necessidade de se analisar outros elementos e não apenas o quantitativo adimplido, assim, traz o Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRT-5:

Cumprindo a parte mais de 80% de sua obrigação, não se mostra razoável a rescisão do Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de imóvel impondo-se o reconhecimento do adimplemento substancial pela incidência do princípio da boa-fé objetiva, a teor do artigo 422, CC/2002, e consagrada no art. 51, inc. IV do CDC. Apelação Cível conhecida e desprovida. (Resp. 1351670/GO.14/05/2018).

A análise quantitativa é parte importante do processo, e é de fato, o que melhor se enquadra no conceito da teoria do adimplemento substancial, assim como ocorreu no Resp. 1636692/RJ, no qual a Terceira Turma considerou, em um caso envolvendo o inadimplemento de um terço da obrigação, a inaplicabilidade da referida teoria.

1. Discussão acerca da aplicação da chamada Teoria do Adimplemento Substancial, instituto que pode, eventualmente, restringir o direito do credor à resolução contratual previsto no artigo 475 do CC/02 (art. 1.092, § único, do CC/16), tendo por fundamento a função de controle do princípio da boa-fé objetiva. 2. "O adimplemento substancial constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que a primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé (objetiva)". 3. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 4. Caso concreto em que restou incontroverso que a devedora inadimpliu parcela relevante da contratação (cerca de um terço do total da dívida contraída), mostrando-se indevida a aplicação, pelo Tribunal de origem, da Teoria do Adimplemento Substancial. 5. Necessidade de retorno dos autos à origem a fim de que proceda ao julgamento dos demais pedidos constantes da petição inicial, bem como da reconvenção. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ – Resp: 1636692 / RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 18/12/2017).

O adimplemento no caso foi de apenas 66% do total, sendo assim, não se considerou justa a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Uma decisão recente do STJ também negou provimento à teoria para pensão alimentícia. Em primeira sessão, o Ministro Luis Felipe Salomão aplicou a teoria baseando-se no adimplemento de 95% do valor da dívida:

Apenas quando a prestação alimentar for suficientemente satisfatória, cuja parcela mínima faltante for irrelevante dentro do contexto geral, alcançando resultado tão próximo do almejado, é que o aprisionamento poderá ser tido como extremamente gravoso,

frente a tão insignificante inadimplemento. (HABEAS CORPUS Nº 439.973/MG (2018/0053668-7).

Ocorre que a 4ª turma do STJ negou provimento da teoria do adimplemento substancial, “Penso que o critério quantitativo não é suficiente nem exclusivo para a caracterização do adimplemento substancial [...]” (Ministro Antônio Carlos Ferreira, Habeas Corpus nº 439.973/MG (2018/0053668-7).

Aduz ainda que diversos fatores devem ser considerados, não apenas no que diz respeito à quantidade, mas deve-se levar em conta a qualidade. A avaliação deve ser aguda, afim de, encontrar todos os elementos necessários, negando, assim provimento ao habeas corpus:

Há, de fato, muitos outros elementos cuja repercussão em cada caso deve ser considerada para efeito de avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor. Trata-se de avaliação que, sabidamente, não pode ser realizada senão a partir de uma profunda incursão em elementos de prova, ou ainda demandando dilação probatória, providência para a qual não se presta a via estreita do Habeas Corpus [...] (MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA, HABEAS CORPUS Nº 439.973/MG (2018/0053668-7).

A teoria do adimplemento substancial não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, nem para resolução de obrigações familiares. Além disso, considerou o Ministro que a jurisprudência da Corte entende que o pagamento parcial do débito alimentar não afasta a possibilidade de prisão civil: “A subtração de pequeno percentual pode mesmo ser insignificante para um, mas possivelmente não para outro mais necessitado. Há de fato muitos outros elementos a serem considerados.” (Ministro Antônio Carlos Ferreira, Habeas Corpus nº 439.973/MG (2018/0053668-7).

Entendeu o Relator Maurílio Gabriel na AC: 10183140061981001 MG, negar provimento a Teoria do adimplemento substancial entendendo que o valor não foi suficiente para aplicação:

Com efeito, se o financiamento do valor de R\$ 80.291,08 (oitenta mil, duzentos e noventa e um reais e oito centavos) foi realizado em 60 (sessenta) parcelas restando 10 (dez) prestações para o fim do contrato, o débito da apelada é ainda bastante considerável, levando-se em consideração que cada parcela é de R\$ 1.952,23 (um mil, novecentos e cinquenta e dois reais e vinte e três centavos). Inviabilizado encontra-se, assim, o reconhecimento do seu adimplemento substancial. (Relator Maurílio Gabriel. APELAÇÃO

CÍVEL Nº 1.0183.14.006198-1/001, Turma, a 15ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais).

Considerou que não é possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial quando há valor em atraso e restar parte considerável de parcelas para o término do contrato mesmo que a devedora quitou quase 77% do débito. Restou claro entender que o Relator não levou em consideração a porcentagem e sim o valor de quase de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) devidos.

O Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze entendeu no RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG da seguinte forma:

O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a busca e apreensão e, conseqüentemente, a resolução do Contrato de Financiamento de Veículos com Garantia de Alienação Fiduciária, visto constituírem-se em medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença (inadimplemento das últimas 4 parcelas de um total de 48). (Ministro Marco Aurélio Bellizze, RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (20150279732-8).

Ressaltou ainda que o devedor não está isento do débito, mas o meio utilizado pela instituição financeira foi desproporcional e feriu os princípios basilares da conservação dos contratos:

Não se está a afirmar que a dívida ainda não quitada desaparece, mas apenas que o meio de realização do crédito do qual optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, conseqüentemente, com o princípio da conservação dos contratos, e ainda, pela boa-fé objetiva que consagra os deveres de cooperação e lealdade entre as partes. (Ministro Marco Aurélio Bellizze, RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (20150279732-8).

Diante o exposto, o Relator utilizou a teoria do adimplemento substancial para que a resolução contratual não viesse à tona já que faltavam apenas 4 parcelas de 48 já devidamente quitadas. Devendo a parte credora a fim de que a satisfação do crédito se faça pelo modo menos gravoso ao devedor, adequando-a à ação executiva ou de cobrança.

Da mesma forma entendeu o Relator Desembargador Airton Luís Corrêa Gentil na Apelação nº 0635460-52.2016.8.04.0001:

No meu entendimento, verifico a existência do instituto do adimplemento substancial do contrato, não se mostrando, assim, razoável a busca e apreensão do bem - pelo fato de, conforme documento apresentado pelo recorrente (fls. 85), encontrarem-se inadimplidas 05 (cinco) de 48 (quarenta e oito) prestações - dispondo

o apelante da ação de cobrança para exigir o saldo devedor. É exatamente nesse ponto que merece aplicação a teoria do adimplemento substancial. Ora, se a apelada já cumpriu substancialmente a obrigação, não há suporte jurídico na imposição de prejuízo desproporcional. (Relator Airton Luís Corrêa Gentil, Processo 0635460-52.2016.8.04.0001 AM, Terceira Câmara Cível.)

Aludiu que não cabia busca e apreensão do bem comprado, pois o recorrido teria quitado mais de 89% do débito, faltando apenas 5(cinco) parcelas.

Complementou da seguinte forma negando provimento ao recurso:

No processo em análise não se revelam presentes os requisitos necessários ao reconhecimento da litigância de má-fé, vez que com o recurso o apelante apenas manifestou o desejo de reapreciação da matéria por órgão colegiado sendo indevida, portanto, a aplicação da penalidade. (Relator Airton Luís Corrêa Gentil, Processo 0635460-52.2016.8.04.0001 AM, Terceira Câmara Cível.)

Desse modo, frisa-se a obrigação da jurisprudência de não apenas encontrar um resultado prático a resolver o caso concreto, mas que seja capaz de fornecer fundamentação sistematicamente firme e pertinente.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido com a meta de analisar a eficácia da teoria do adimplemento substancial em seus diversos cenários, na defesa do direito, mesmo não positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

Por meio de uma abordagem de método dedutivo baseado em doutrinas, jurisprudências e legislações tornou-se possível compreender a diversidade dos modos de contratos realizados e que assim haveria de ter um *modus operandi* para colocar as partes em igualdade, evitando lesões de direito.

O fato é que a ideia inicial do inadimplemento na relação contratual não deve ser parâmetro para alegar a extinção do contrato nos casos que tenha ocorrido uma parte considerável do adimplemento substancial.

Restou clarividente que o julgador deverá interpretar, com bases nos princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos já que o objetivo dessa teoria é reestabelecer o equilíbrio no liame contratual.

Isto posto, sabendo-se que a teoria do adimplemento substancial ainda não é aplicada em sua plenitude, percebe-se que ainda há um longo caminho a percorrer até que sua utilização alcance o grau de importância observado em outros sistemas legais. Baseado nesse contexto, é necessária uma regulamentação da lei positivada, pois as diversas lacunas das súmulas do Superior Tribunal de Justiça e a divergência jurisprudencial causa insegurança jurídica, que deverá ser combatida pelo judiciário.

8. REFERÊNCIA

(MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA, HABEAS CORPUS Nº 439.973/MG (2018/0053668-7). Acesso em 25 de 09 de 2018, disponível em JusBrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621591909/habeas-corpous-hc-439973-mg-2018-0053668-7/inteiro-teor-621591914>

(Ministro Antônio Carlos Ferreira, Habeas Corpus nº 439.973/MG (2018/0053668-7). Acesso em 25 de 09 de 2018, disponível em JusBrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621591909/habeas-corpous-hc-439973-mg-2018-0053668-7/inteiro-teor-621591914?ref=serp>

(Ministro Marco Aurélio Bellizze, RECURSO ESPECIAL Nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8). Acesso em 10 de 10 de 2018, disponível em JusBrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439904571/recurso-especial-resp-1622555-mg-2015-0279732-8/inteiro-teor-439904605>

(Relator Airton Luís Corrêa Gentil, Processo 0635460-52.2016.8.04.0001 AM, Terceira Câmara Cível.). Acesso em 10 de 10 de 2018, disponível em JusBrasil: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583486462/6354605220168040001-am-0635460-5220168040001/inteiro-teor-583486497>

(Relator Maurílio Gabriel. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.14.006198-1/001, Turma, a 15ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais). Acesso em 10 de 10 de 2018, disponível em JusBrasil: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115600358/apelacao-civel-ac-10051110004887001-mg/inteiro-teor-115600416>

(STJ – Resp: 1636692 / RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 18/12/2017). Acesso em 25 de 09 de 2018, disponível em Portal Justiça: <http://www.portaljustica.com.br/acordao/2094452>

(STJ, REsp. 1.200.105/AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19.06.2012, DJe 27.06.2012). Acesso em 25 de 09 de 2018, disponível em JusBrasil: [JusBrasil.https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342165/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1200105-am-2010-0111335-0-stj/inteiro-teor-23342166?ref=juris-tabs](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342165/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1200105-am-2010-0111335-0-stj/inteiro-teor-23342166?ref=juris-tabs)

(Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1051270 RS 2008/0089345-5). Acesso em 25 de 09 de 2018, disponível em JusBrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21088578/recurso-especial-resp-1051270-rs-2008-0089345-5-stj>

(Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ-ES - Apelação: APL 00290391620158080035). Acesso em 06 de 11 de 2018, disponível em JusBrasil: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574269599/apelacao-apl-290391620158080035/inteiro-teor-574269613?ref=juris-tabs>

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, nov. 1993, p.62.

Carlos Roberto Gonçalves, **Responsabilidade Civil**, (GONÇALVES, 2013, p. 63).

Clóvis do Couto e Silva: (**O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: RT, 1980, p. 56).

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Eduardo Luiz Bussatta, (**Resolução dos contratos e Teoria do adimplemento substancial**. p. 44).

<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>

LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

Orlando Gomes, **Contratos**; Pag. 11; Ed. Forense - 12 Ed.

Ruy Rosado de Aguiar, **As Obrigações e os Contratos**, (Revista dos Tribunais, v. 775, p. 29).

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 6 ed. São Paulo: Método, 2016, p. 455.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Vol. I – Parte Geral**. 13ª Edição. Editora Atlas. São Paulo, 2013.

