



Adimplemento substancial: suporte fático e efeitos

Biblioteca RJ, 09/09/2020

SUMÁRIO

Doutrinas

Adimplemento substancial e sua função social Wilson Macedo Lemos http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima11/10adimplementosubstancial.pdf	Doc1
Adimplemento substancial: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro Rodrigo Cunha Chueiri https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/15668/1/RODRIGO%20CHUEIRI%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20ADIMPLEMENTO%20SUBSTANCIAL%20AN%C3%81LISE%20CR%C3%8DTICA%20DE%20PAR%C3%82METROS%20PARA%20APLICA%C3%87%C3%83O%20NO%20DIREITO%20BRASILEIRO%20%282%29.pdf	Doc2
Teoria do adimplemento substancial: seus fundamentos e os critérios para configuração da mora insignificante Livia Fedocci Fachin https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10861/Teoria-do-adimplemento-substancial-seus-fundamentos-e-os-criterios-para-configuracao-da-mora-insignificante	Doc3
A teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência Flávio Tartuce https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia	Doc4
A tríple transformação do adimplemento Anderson Schereiber http://genjuridico.com.br/2016/07/18/a-triplice-transformacao-do-adimplemento/	Doc5
Teoria do adimplemento substancial enquanto exceção de direito material na relação obrigacional vista como um processo Gustavo Nobre http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/3424/1/Teoria%20do%20adimplemento%20substancial%20enquanto%20exce%C3%A7%C3%A3o%20de%20direito%20material%20na%20rela%C3%A7%C3%A3o%20obrigacional%20vista%20como%20um%20processo.pdf	Doc6
A aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro Lucas Delfim https://www.lex.com.br/doutrina_27814266_A_APLICACAO_DA_TEORIA_DO_ADIMPLEMENTO_SUBSTANCIAL_NO_DIREITO_PROCESSUAL_CIVIL_BRASILEIRO.aspx	Doc7
A teoria do adimplemento substancial André Santa Cruz http://genjuridico.com.br/2017/03/03/jurisprudencia-comentada-teoria-do-adimplemento-substancial/	Doc8
Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro Fredie Didier Jr https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/21607/15634	Doc9

A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (parte 1) Antonio Carlos Ferreira https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte	Doc10
A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (parte 2) Antonio Carlos Ferreira https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte	Doc11

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Wilson Macedo Lemos¹

RESUMO

O trabalho tratará dos aspectos da Teoria do Adimplemento Substancial sob o prisma da Função Social. Para tanto será utilizada a concepção lógica científica em sua elaboração, objetivando demonstrar as consequências decorrentes do Instituto.

Palavras-chave: Negócios Jurídicos; Adimplemento Substancial; Função Social.

ABSTRACT

The work will address the aspects of Substantial Theory of due performance under the prism of Social Function. For both scientific logic design in their development, aiming to demonstrate the consequences of the Institute will be used.

Keywords: Legal Business; Substantial due performance; Social Function.

¹ Advogado e Professor. Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. E-mail para contato: wlemos@adv.oabsp.org.br

1 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL - CONOTAÇÃO HISTÓRICA

1.1 No Plano Internacional

A teoria do adimplemento substancial em seu caráter internacional é oriundo dos países do sistema *comomm law*, nesse sentido, em estudo exauriente de Vivien Lys Porto Ferreira da Silva, informa:

(...) esse sistema foi desenhado de acordo com os movimentos exercidos dentro das Cortes da Equidade - ou Cortes de Chancelaria, como eram denominadas nos Estados Unidos - que decidiam os processos principalmente sob os princípios gerais do direito, especialmente o princípio da equidade (*equity*) (...) Em suma, o princípio da equidade era efetivamente empregado pelos julgadores nas referidas Cortes, perquirindo ao máximo os interesses das partes litigantes em cada caso concreto, não se prendendo ao texto frio e estático das leis impostas em códigos ou regulamentos.²

Neste contexto, tendo em vista, o fato da necessidade de harmonia das relações jurídicas contratuais, objetivando com isto a preservação das relações firmadas, houve crescente utilização desta visão contratual nos tratos que sucederam.

Motivo que se visualizou em diversas codificações internacionais a ocorrência deste instituto, conforme podemos verificar no direito, conforme informa Vivien Lys Porto Ferreira da Silva, no sistema jurídico americano no UCC, seção § 1-201 (11), “*contract means the total obligation in law which results from the parties agreement as affected by this Act and any other applicable rules of law*”³.

Bem como, no Código Civil Alemão, como previsto §323 (1) que trata sobre a importância na relação jurídica firmada em caso de inadimplemento mínimo.

Já no Direito Italiano, informa a autora, que localizamos a teoria do adimplemento substancial no artigo 1455 que prevê: “*Art. 1455: Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa impotanza, avuto riguardo all’ interesse dell’ altra*”⁴.

E por fim, dentre outras codificações, no Direito Francês encontra-se prevista dentre outras normas, no artigo 1184 do código civil francês, no qual parafraseando a autora, somente ocorreria a resolução do contrato, por via judicial, e apenas por motivo justificável.⁵

² SILVA, Vivien Ly Porto Ferreira da **Adimplemento Substancial**. Monografia do Curso de Mestrado PUC/SP. 2006 Pag: 17

³ Ibid., p. 37 à 55

⁴ SILVA, loc.cit.

⁵ SILVA, loc.cit.

Posto tais considerações sobre a teoria do adimplemento substancial em sua contextualização internacional passa-se a discorrer deste fenômeno em sede nacional.

1.2 No Plano Nacional

A teoria do adimplemento substancial no sistema brasileiro advém do Professor Couto e Silva⁶ no qual afirmou que as obrigações contratuais seriam vistas como um “processo”, no qual as partes deveriam perquirir a satisfação contratual em todas as suas fases, para que ao final ocorra a satisfação por completa no negócio jurídico firmado.

Neste íterim o jurista começou analisar a complexa relação entre o adimplemento das relações em situações que se aproximavam quase na totalidade do adimplemento obrigacional.

Para tanto, na análise do Instituto foi utilizado os princípios da boa fé objetiva, situação pela qual, observou-se caso ocorresse a resolução contratual por inadimplemento, tal conduta seria mais prejudicial do que a manutenção do contrato.

Neste contexto, a recepção positivada da teoria do adimplemento substancial, deu-se a partir da vigência do Código Civil de 2002, haja vista, que a aplicabilidade de tal instituto no Código Civil de 1916 somente era possível mediante a interpretação normativa de vários artigos.

Retomando ao estudo do instituto no Código Civil de 2002, é previsto no artigo 422, que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”⁷

Tal norma, além de impor a lealdade contratual das partes em todas as fases contratuais, afasta, ou melhor, limita o direito de resolução contratual, bem como, declara a necessidade da preservação da avença realizada.

Nos dizeres da professora Judith Costa Martins, tendo em vista a norma prevista define o adimplemento como sendo:

(...)o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados de boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concretas.⁸

⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976.Pag: 5.

⁷ Artigo 422. Código Civil de 2002.

⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 348

Conotação esta que vai ao encontro da tese defendida, como outra hora informada, por Clovis e Souza, no qual determinada á necessidade do cumprimento de todas as fases do contrato, para que ao final tenha-se um resultado satisfatório.

Posto isto, passamos ao estudo da Teoria do Adimplemento Substancial propriamente dita.

2 DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Conforme outrora preconizado, o surgimento do adimplemento substancial possui conotação interpretativa originaria dos valores axiológicos previstos no Código Civil e na Magna Carta.

Busca-se com tal instituto a preservação do vínculo contratual diante de possível inexecução da obrigação contratual por uma das partes, em casos que o inadimplemento foi mínimo levando em conta o panorama geral do negócio jurídico firmado.

Nesse sentido, conceitua Jones Figueiredo Alves:

“(...)o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator destrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato.”⁹.

E Analise Becker da seguinte forma:

“o adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas. Por isso mantém-se o contrato, concedendo-se ao credor direito a ser ressarcido pelos defeitos da prestação, porque o prejuízo, ainda que secundário, se existe deve ser reparado.”¹⁰.

Nestas hipóteses, tendo em vista que o inadimplemento substancial não ensejaria tamanho prejuízo a parte credora que pode-se ensinar a resolução contratual, deve-se tendo em vista a função social do contrato preservar a continuidade da contratação.

Linha de pesquisa esta defendida por Vivian Ly Porto, senão vejamos:

⁹ ALVES, Jones Figueiredo. A Teoria do Adimplemento Substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. Novo Código Civil: questões controvertidas. Série grandes temas de Direito Privado – vol. 4. São Paulo: Método, 2005 p. 406

¹⁰ 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 do Advogado, v. 9, p. 60/77, nov. 1993. p. 63

“Nos casos em que o inadimplemento contratual não tenha a força suficiente para ensejar a resolução, opera-se uma irretratabilidade plena da relação contratual, garantindo apenas à parte adimplente a execução específica da indenização causada pelos prejuízos oriundos do inadimplemento contratual incompleto, contra o devedor da prestação insatisfeita, de forma a preservar o contrato em seus fins e em prestígio ao trato econômico-social que ele representa. É ponderável admitir, assim, a irrazoabilidade da conduta da parte adimplente em postular a resolução do contrato. A teoria do adimplemento substancial atende, com precisão, ao interesse na conservação dos contratos, de modo a impedir a resolução do negócio, bem como está em consonância ao princípio da integralidade do cumprimento, mas o relativiza ao primar pela manutenção do contrato na hipótese de descumprimento insignificante.”¹¹

Desta feita chega-se a conclusão que a teoria do Adimplemento Substancial, possui o escopo de preservar a continuidade dos contratos, deve ser utilizada quando ocorrer o descumprimento (inadimplemento) mínimo por uma das partes, em que, apesar de ensejar prejuízo a outra parte, não houver ocorrido o desequilíbrio econômico-social-jurídico necessário para impor a resolução contratual.

Todavia, tal circunstância não ensejara a parte prejudicada em ficar com o prejuízo ocorrido, muito pelo contrario, a parte poderá e deverá exigir o total cumprimento da obrigação firmada por outros meios, mais pleitos a titulo de perdas e danos.

Somente, no caso em que a parte não veja a honrar a obrigação novamente, ensejando por consequência o inadimplemento total, poderia ocorrer a resolução contratual.

Nesse sentido, ensina Vivian Ly Porto:

“O atendimento do interesse do credor é um dos requisitos desta Teoria, como também a proteção ao devedor; sendo que ambos devem ser valorados pelo seu substrato, qual seja a boa-fé objetiva. A dosagem entre o interesse do credor e a tutela jurídica do devedor é fator decisivo para a configuração da substancialidade da prestação executada que uma vez conjugados de forma equânime não é passível de quebrar o equilíbrio contratual na estrutura do programa contratual.”¹²

E continua:

“(…)Para que o adimplemento seja considerado substancial, é necessária a configuração dos seguintes elementos: a boa-fé objetiva expressa nas ações de ambos contratantes; imprevisibilidade; ausência de gravidade no inadimplemento da parte mínima da obrigação; satisfação dos interesses da parte adimplente; utilidade da prestação mesmo diante do inadimplemento sem pouca importância; e proporcionalidade razoável do adimplemento substancial em relação ao programa contratual.”¹³

Neste sentido, havendo a configuração do inadimplemento substancial e, ocorrência á possibilidade da preservação do contrato firmado, devera o inadimplente demonstrar que

¹¹ BECKER, 1993.p.146

¹² Ibid., p. 151

¹³ Ibid., p. 155/156

busca cumprir com a obrigação firmada por outros meios, circunstancia esta que afastaria o direito de resolução do credor.

3 NATUREZA JURÍDICA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Conforme estudado no trabalho, os negócios jurídicos, especialmente os contratos, são manifestações inerentes á própria historia da sociedade. Sendo que, enquanto mais desenvolvida se torna a sociedade mais complexos se tornam os contratos.

Ocorre que, tendo em vista a função social inerente aos negócios jurídicos, haja vista os seus efeitos tanto entre as partes (intrínsecos), como externos (extrínsecos), se fez necessário a ponderação do resultado que surtiria em caso da resolução contratual em caso de adimplemento mínimo por uma das partes.

Nesse contexto, há de mencionar que a autonomia privada das partes, bem como, a imposição legal para obrigar o cumprimento das obrigações firmadas entre as partes vigem em nosso ordenamento jurídico. E não há motivo de não ser assim, haja vista, inclusive a necessidade da manutenção da segurança jurídica dos tratos firmados.

Ocorre, todavia, tendo em vista os valores axiológicos previstos na codificação civil vigente, bem como, o entendimento da constitucionalização do direito civil, necessário se fez a limitação do direito de resolução das partes, tendo em vista a necessidade da preservação dos tratos entabulados.

Nesse sentido, saluta Vivian Ly Porto:

(...) considerada sob a sociabilidade exigida dentro da autonomia privada pelo controle externo aplicado a qualquer negócio jurídico, a causa do negócio representa a função econômica- social caracterizadora desse tipo de relação jurídica formada, sendo fonte normativa da determinação de limites impostos aos direitos subjetivos como recurso salutar de estabelecer os requisitos mínimos e necessários que todo o contrato deve seguir. A causa, neste contexto, coíbe o excessos no exercício do direito subjetivo, exaltando a sua função socialmente relevante do negócio-tipo.¹⁴.

Neste sentido, após tecer ponderações sobre a relação dos negócios jurídicos e a teoria do adimplemento substancial, passa-se a discorrer sobre o efeito pratico da utilização de tal instituto.

¹⁴ BECKER, 1993.p.113

4 DA SATISFAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Conforme outra hora informando os contratos firmados, possui como causa inicial a intenção de satisfação de ambas as partes integrantes da negociação firmada.

Para tanto, se faz necessário que seja pelas partes que fazem parte do contrato realizado cumpram suas obrigações contratuais, efetivando assim a satisfação dos interesses dos indivíduos.

Deve-se fazer salutar, interessante e necessária ponderação feita por Vivien Ly Porto, sobre a satisfação nas obrigações contratuais, á saber:

O adimplemento encarado dentro do programa contratual, que é formado por obrigações recíprocas e equivalentes, representa o cumprimento normal da prestação, cujo objeto é a obrigação, sendo que esta pode ser de dar, fazer ou não fazer. Em razão destas diferentes espécies da obrigação, o adimplemento não pode ser definido pelo conceito de “pagamento”, pois dependendo da obrigação pactuada o cumprimento não envolverá a efetiva entrega de soma de dinheiro ou outro bem usado como moeda de troca. Esta diferenciação resulta do cumprimento da obrigação que abarca a sua forma que o devedor deve executar a obrigação como forma de livrar-se dela e não o conteúdo da obrigação, que abrange o lugar e o tempo do cumprimento.¹⁵

Tal assertiva é de necessária ponderação, tendo em vista, que os contratos firmados possuem conotação econômica, circulação de riqueza, não necessariamente a satisfação das partes seja obrigatoriamente relacionada á pagamento. Podendo esta estar coadunada em obrigações de dar, fazer ou não fazer.

Todavia, em que pese o adimplemento contratual seja inerentemente o resultado que se espera nos contratos entabulados entre as partes, este nem sempre vem a ocorrer, momento que ocorrerá o inadimplemento contratual pela parte.

Entendimento este corroborado com as ideias de Vivien Ly Porto:

O adimplemento é o foco principal de qualquer contrato, por representar a vontade contratual de ambos os contratantes expressa na realização da prestação e contraprestação devidas. A extinção normal do contrato pelo adimplemento consiste ao meio através do qual as partes recuperarão sua liberdade individual existente antes da pactuação da liberdade contratual no momento em que decidiram estabelecer o programa contratual.¹⁶

Ao passo que, quando falamos em inadimplemento, é necessário salutar que este pode ser total como parcial.

Por inadimplemento total, conceitua Mário Julio de Almeida Costa:

¹⁵ BECKER, 1993.p.130/131

¹⁶ Ibid., p. 133

Verifica-se o não cumprimento, incumprimento ou inadimplemento de uma obrigação sempre que a respectiva prestação devida deixa de ser efetuada nos termos adequados¹⁷

Neste contexto, preconizamos, que ocorre o adimplemento absoluto, ou total, no momento que a prestação obrigacional deixa-se de ser impossível seu cumprimento, isto é, por motivo de tempo, lugar e forma não poderão ou não é mais de interesse da parte contrária ser cumprido.

Deste ato surgem-se os seguintes direitos a parte que veio a suportar prejuízos pelo inadimplemento total, conforme ensina Vivien Ly Porto:

No inadimplemento absoluto, a parte adimplente tem o direito de: (i) promover a execução forçada da obrigação, por culpa (CC, art. 236) ou não do devedor (CC, art. 235, ao admitir a resolução sem culpa do devedor se a coisa perecer; CC, art. 567 estabelece a resolução do contrato de locação, sem culpa do locatário e do locador, se a coisa alugada deteriorar-se), sendo que diante da culpa, será admitido o pedido de indenização pelos danos sofridos; ou (ii) resolver a obrigação, na configuração de violação à obrigação fundamental do contrato que causa a inexecução.¹⁸

Já quando falamos em inadimplemento parcial, chamado também de mora, em que pese a falta de cumprimento da obrigação contratual pactuada, existe a possibilidade e interesse da parte contrária no cumprimento de tal obrigação.

Conforme preconiza Carlos Alberto Reis de Paula:

(...)Será relativo se houve parcial cumprimento da obrigação, quanto ao objeto, ou se a obrigação não foi cumprida 'in opportuno tempore', mas ainda pode ser cumprida, ainda que em mora. (...), há descumprimento de obrigação, pois o credor tem direito a todo o devido, quanto ao objeto, ao tempo e demais circunstâncias do negócio jurídico.¹⁹

E desta ocorrência gera ao credor os seguintes direitos, conforme salienta Vivien Ly Porto:

Havendo cumprimento imperfeito e sendo ainda viável a execução da prestação devida, o credor pode: (i) esperar pela execução da prestação, e pedir indenização por este atraso, caso aquela não se realize; (ii) conceder prazo suplementar para o cumprimento, e na ausência deste expirado o prazo, resolver o contrato diante da inércia do devedor; e (iii) resolver imediatamente, se a violação for fundamental, como nas obrigações de não fazer e obrigações com condição temporal imposta.²⁰

¹⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999 p. 955

¹⁸ Ibid., p. 136/137

¹⁹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. Do inadimplemento das obrigações. FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Ltr, 2003. p. 365

²⁰ Ibid., p.141

Sendo assim, o que distingue do adimplemento absoluto (total) e o relativo (parcial) refere-se na possibilidade e interesse da parte contrária no interesse da execução da obrigação avençada entre as partes.

5 EQUILIBRIO CONTRATUAL - EFETIVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO CONTRATUAL – SUA FUNÇÃO SOCIAL

Mediante as ponderações realizadas neste trabalho em comento, resta demonstrado a importância e necessidade da interpretação dos contratos firmados em estado de inadimplência, sobre o prisma da teoria do Adimplemento Substancial, objetivando com isso preservar a continuidade do contrato entabulado.

Pois, restaram de forma incontestada demonstrado os valores axiológicos previstos no Código Civil, bem como, o entendimento – cada vez maior – da constitucionalização das normas civis.

Neste contexto, sopesando em que pese haver inadimplência por uma das partes no que tange as obrigações pactuadas, tal circunstância por ensejar prejuízo mínimo a parte adversa, afastar-lhe-á o direito de requerer a resolução contratual.

Consigna-se, todavia, que este afastamento - resolução contratual - não retirado o direito do credor em ver a obrigação cabalmente cumprida em sua totalidade.

O respectivo instituto, levando em conta a função social do contrato, no que tange os efeitos que estes geram interno (intrínseco) entre as partes, e os efeitos externos (extrínseco) que surtem à sociedade.

Conforme salienta Vivian Ly Porto: “o contrato tem que ser considerado como um todo, visto que a parcela não cumprida pode ser insignificante e desse modo a resolução não se justifica”²¹

Nesse sentido, igualmente, consigna-se o enunciado 361 do CJF da IV Jornada de Direito Civil, que preconiza:

Enunciado 361 – Arts. 421, 422 e 475. 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. 475.²²

²¹ PAULA, 2003. p. 236

²² Enunciado 361 do CJF da IV Jornada de Direito Civil

Situação pela qual, além de garantir ao credor a imposição de cumprimento da obrigação pelo inadimplente, resguarda-se *pari passu*, o direito do próprio inadimplente em não sofrer penalidades além das previstas contratualmente.

Isto é, pois, tendo em vista, o prejuízo mínimo ocorrido na inadimplência, não enseja tal circunstâncias ao credor de resolver o contrato e impor uma nova obrigação ao inadimplente.

Nesse sentido, já afirmava a justificativa do Enunciado 361 do CJF da IV Jornada de Direito Civil, vide nota nº 44, justificativa esta apresentada pelo Professor Eduardo Luiz Bussatta:

Segundo a doutrina pátria, tal teoria deve ser adotada no Direito brasileiro, seja em razão da boa-fé objetiva, na sua função de controle (limitação ao exercício das posições jurídicas ou direitos subjetivos), visto importar em exercício desequilibrado do direito à resolução ante a pequenez do inadimplemento (pequena lesão que acarreta grande sanção), seja em razão da função social do contrato, já que visa à conservação do negócio. (...)Assim, urge fixar o entendimento de que só é admissível a resolução do contrato quando o inadimplemento for grave, substancial, restando afastado, conseqüentemente, quando for de escassa importância, permitindo-se à parte lesada somente a busca da tutela específica ou o equivalente em dinheiro, com acréscimo de perdas e danos em ambos os casos.²³

Trazendo assim, com tal interpretação equilíbrio contratual entre as partes, conduta esta baseada nos princípios de boa fé e função social do contrato.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento do presente trabalho em tela, levando em conta os fatores pesquisados sobre o tema ao qual se buscou estudar, poderemos fazer algumas ponderações sobre a importância da aplicação do instituto do adimplemento substancial.

Conforme nota-se analisamos as condutas praticadas pelos indivíduos que poderiam surtir efeitos jurídicos e consecutivamente influenciar na sociedade em um contexto geral. Momento este pelo qual observamos que o contrato é por excelência manifestação autônoma de acordo de vontade por indivíduos em prol de uma determinada finalidade.

Nesse sentido, não temos como não analisarmos a relação contratual sem estudarmos sobre o prisma da função social. Chegamos a conclusão, neste sentido, que a função social, pois essa busca tornar as relações jurídicas mais equilibradas às partes, e justas para a

²³ Justificativa do Enunciado 361 do CJF da IV Jornada de Direito Civil, vide nota nº 44, justificativa esta apresentada pelo Professor Eduardo Luiz Bussatta.

sociedade buscando efetivar a circulação da riqueza em prol e proveitos de todos os indivíduos ligados ou não ao negócio jurídico específico.

Para tanto, as relações obrigações firmadas deverão serem cumpridas pelos indivíduos que integram o contrato entabulado, motivo pelo qual, por meio do instituto do adimplemento substancial, tendo este sido criado por meio da interpretação das normas positivas sobre o prisma da boa fé contratual e função social do contrato, preservar a relação comercial e consecutivamente afastar possível desequilíbrio contratual.

Haja vista, que no entendimento do Professor Couto e Silva²⁴ no qual afirmou que as obrigações contratuais seriam vistas como um “processo”, no qual as partes deveriam perquirir a satisfação contratual em todas as suas fases, para que ao final ocorra a satisfação por completa no negócio jurídico firmado.

Nesse sentido, o instituto do adimplemento substancial agiria no sentido de afastar a resolução contratual em que casos que ocorra inadimplemento por uma das partes, mas, tão descumprimento é tão mínimo que não seja a trazer prejuízo a parte que veio a sofrer pelo não cumprimento da outra parte.

Isto é, utilizando-se dos valores axiológicos previstos no Código Civil e na Magna Carta, a relação contratual continuara preservada, objetivando que a parte que descumpriu a obrigação contratual, posteriormente possa adimplir a mesma.

Nos dizeres de Jones Figueiredo Alves:

(...)o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator destrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato²⁵.

Pois, tendo em vista que o inadimplemento substancial não ensejaria tamanho prejuízo a parte credora que se pode ensinar a resolução contratual, deve-se tendo em vista a função social do contrato preservar a continuidade da contratação.

Haja vista, como abordado outra hora os contratos firmados, conforme corretamente a atual doutrina entende, é gerador de efeitos internos entre as partes integrantes da relação contratual, mas, também, surtir efeitos externos que influência no contexto, juricio-social-econômico da sociedade.

²⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976.Pag: 5.

²⁵ ALVES, Jones Figueiredo. A Teoria do Adimplemento Substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. Novo Código Civil: questões controvertidas. Série grandes temas de Direito Privado – vol. 4. São Paulo: Método, 2005 P. 406

Nesse sentido, saluta Vivian Ly Porto:

(...) considerada sob a sociabilidade exigida dentro da autonomia privada pelo controle externo aplicado a qualquer negócio jurídico, a causa do negócio representa a função econômica- social caracterizadora desse tipo de relação jurídica formada, sendo fonte normativa da determinação de limites impostos aos direitos subjetivos como recurso salutar de estabelecer os requisitos mínimos e necessários que todo o contrato deve seguir. A causa, neste contexto, coíbe o excessos no exercício do direito subjetivo, exaltando a sua função socialmente relevante do negócio-tipo.²⁶.

Fazendo com isto surtir os verdadeiros efeitos da função social, qual seja, não enriquecer determinada parte em face do empobrecimento da outra, mas, sim, equilibrar a relação contratual, para que ambas as partes possam vir a se beneficiar no negócio jurídico entabulado.

Diante disto, chegamos, na conclusão da possibilidade e necessidade, tendo em vista, o atual estágio de complexidade dos contratos realizados em nossa sociedade, de instituto ao qual busca por meio de valores atinentes a boa fé contratual e função social do contrato equilibrar os direitos entre as partes contratantes objetivando com isto o fim pacificar que busca inclusive a própria essencial do direito.

7 REFERENCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. **A Teoria do Adimplemento Substancial (“substantial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. Novo Código Civil: questões controvertidas.** Série grandes temas de Direito Privado – vol. 4. São Paulo: Método, 2005.

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 do Advogado, v. 9, p. 60/77, nov. 1993.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD Nelson, **Curso de Direito Civil.** 4º vol. 3ª Edição - Editora JusPodivm - Bahia 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil,** volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁶ ALVES, 2005. p. 113

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HIRONAKA , Giselda Novaes In. **A função social do contrato**. Revista de Direito Civil, nº 45.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO. Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **Do inadimplemento das obrigações**. FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Ltr, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil: Contratos**, 12º edição, v. 3, Rio de Janeiro: Forense.

SILVA, Vivien Ly Porto Ferreira da. **Adimplemento Substancial**. Monografia do Curso de Mestrado PUC/SP.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3: **teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



RODRIGO CUNHA CHUEIRI

**ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ANÁLISE CRÍTICA DE PARÂMETROS PARA
APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Recife
2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



RODRIGO CUNHA CHUEIRI

**ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ANÁLISE CRÍTICA DE PARÂMETROS PARA
APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Recife
2014

RODRIGO CUNHA CHUEIRI

**ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ANÁLISE CRÍTICA DE PARÂMETROS PARA
APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de pesquisa: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais

Orientador: Prof. Doutor Roberto Paulino de Albuquerque Júnior.

Recife
2014

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

C559a Chueiri, Rodrigo Cunha
Adimplemento substancial: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro. – Recife: O Autor, 2014.
153 f.

Orientador: Roberto Paulino de Albuquerque Júnior.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.
Inclui bibliografia.

1. Obrigações (Direito) - Brasil. 2. Contratos - Brasil. 3. Adimplemento e inadimplemento - Brasil. 4. Resolução (Direito civil) - Brasil. 5. Brasil. [Código civil (2002) - Art. 475]. 6. Direito civil - Brasil. 7. Poderes (Direito). 8. Boa-fé (Direito) - Brasil. 9. Causa (Direito civil) - Brasil. 10. Contratos - Aspectos sociais - Brasil. 11. Quebra de contrato. I. Albuquerque Júnior, Roberto Paulino de (Orientador). II. Título.

346.8102 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2015-031)

Rodrigo Cunha Chueiri

**“Adimplemento Substancial: Análise Crítica de Parâmetros para Aplicação
no Direito Brasileiro”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito Faculdade de Direito do Recife / Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como
requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

**Orientador: Prof. Doutor Roberto Paulino de Albuquerque
Júnior.**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro,
submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e julgou os seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO_____

Professor Dr. **Roberto Paulino de Albuquerque Júnior** (Presidente/UFPE)

Professor Dr. **Torquato da Silva Castro Júnior** (1º Examinador Interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Ricardo Tinoco de Góes** (2º Examinador Externo/UFRN)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Venceslau Tavares Costa Filho** (3º Examinador Externo/FAVIP)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 17 de dezembro de 2014

Coordenador Prof. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.**

Dedico este trabalho a Natália, por toda a força que há nela e, mesmo sem
que perceba, flui para mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pelo incessante incentivo à leitura e ao desenvolvimento da curiosidade, que me fazem buscar conhecer cada vez mais.

À Natália, minha companheira na vida e nos estudos, por apoiar incondicionalmente meu desenvolvimento acadêmico e profissional, desde os bancos da graduação até a elaboração deste trabalho, assim como pela compreensão quanto aos momentos em que não pude estar ao seu lado.

A todos os meus professores, na Universidade Federal do Rio Grande no Norte, na qual me graduei e me foi despertado o gosto pela pesquisa, bem como aos do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Pernambuco, que me receberam como um dos seus desde o primeiro momento.

Ao meu orientador, pelo direcionamento precioso e atenção constante às minhas dúvidas, sem os quais este trabalho não teria sido concluído.

Aos meus colegas de Recife, especialmente os da linha de pesquisa Constitucionalização do direito privado.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, por todo o apoio em razão da minha distância e aos da Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal, pelo auxílio na pesquisa de material de estudo.

Aos colegas do Conselho Nacional de Justiça, pelas valorosas discussões sobre o tema.

Por fim, agradeço à CAPES, pelo financiamento parcial da pesquisa.

“Eu gosto de catar o mínimo e o escondido. Onde ninguém mete o nariz, aí entra o meu, com a curiosidade estreita e aguda que descobre o encoberto.”
Machado de Assis, “A semana”, Gazeta de Notícias, 1900.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento substancial: análise crítica de parâmetros para aplicação no direito brasileiro**. 2014. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

RESUMO

A relação jurídica obrigacional não pode mais ser vista somente como relação atomizada, linear, composta pela ideia de um antagonismo protagonizado por credor e devedor. A verificação do adimplemento e do inadimplemento passa, atualmente, pela observância de direitos e deveres primários, secundários e laterais, sendo possível valorar a mora e suas consequências. Expressão disso é a teoria do adimplemento substancial, pela qual a regra contida no artigo 475, do Código Civil Brasileiro de 2002, que elenca um direito aparentemente potestativo do credor à resolução do contrato diante de inadimplemento, encontra possibilidade de mitigação. Diante de tal possibilidade, a dissertação intenciona analisar a teoria, verificando, além de sua origem, ordenamentos jurídicos que a contemplam atualmente, com a busca pelos parâmetros de aplicação ali propostos, dentre os quais o da Inglaterra, Estados Unidos da América, Alemanha, Itália e Portugal. Na posse de tais dados, foi analisada a aplicação da teoria no Brasil, constatando que se baseia na função social dos contratos e na boa-fé objetiva e apontando que a atuação do Superior Tribunal de Justiça em relação à matéria é predominantemente lastreada em um critério matemático de verificação da substancialidade do adimplemento. Por perceber que a análise puramente matemática pode não ser suficiente para a aplicação da teoria, foram elencados outros critérios, qualitativos, como tempo, local e forma da prestação, o comportamento dos contratantes, a fundamentalidade do objeto em relação aos contratantes, e, em âmbito estrangeiro e supranacional, algumas proposições interpretativas, nas quais se percebeu constante remissão ao interesse surgido da relação jurídica como parâmetro maior de verificação. Realizada incursão sobre o interesse juridicamente relevante para a relação contratual, se chegou à ideia de interesse objetivado, com grande proximidade à ideia de causa dos contratos, sob o aspecto da finalidade. Desta forma, o estudo culminou por elencar a possibilidade de manutenção da causa contratual final concreta como parâmetro último de verificação da substancialidade do adimplemento, propondo balizas interpretativas. Algumas, figurando como elementos de presença necessária, outros, de presença impeditiva à aplicação e, em uma terceira categoria, elementos auxiliares à verificação da substancialidade.

Palavras-chaves: Relação jurídica obrigacional. Contratos. Resolução. Artigo 475, do Código Civil Brasileiro de 2002. Adimplemento substancial. Parâmetros de verificação. Interesse juridicamente relevante. Causa contratual final.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Substantial performance: a critical analysis of parameters for application in Brazilian law**. 2014. 153 p. Dissertation (Master's Degree of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

ABSTRACT

The juridical relationship concerning obligations must no longer be seen only as an atomized, linear relationship, composed by the idea of an antagonism played by creditor and debtor. The verification of performance and non-performance is currently goes through the observation of primary, secondary and side rights and duties, making it possible to assess arrearage and its consequences. An expression of this is the doctrine of the substantial performance, through which the rule contained in article 475 of Código Civil de 2002 (Brazilian Civil Code of 2002), that seemingly lists a potestative right of the creditor to cancel the contract in case of noncompliance, is susceptible of mitigation. Facing that possibility, the present dissertation intends to analyze the referred doctrine in order to verify, beyond its origin, juridical systems in which it is contemplated nowadays, such as the English, North American, German, Italian and Portuguese systems, especially in the search of application parameters that are proposed. Possessing this data, the application of the theory was analyzed in Brazil, showing it is based on the social function of contracts and on the objective good faith and also showing that the acting of the Superior Court of Justice towards the subject is mainly supported in a mathematic criterion of verification of the substantiality of the performance. After realizing that the pure mathematic analysis may not be enough for the application of the theory, other criteria was chosen, such as time, place and the ways of fulfillment, the behavior of the contractors, the fundamentality of the object in relation to the contractors and, in an international and supranational perspective, some interpretative propositions, where it was noticed the constant remission of the interest raised from the juridical relationship as main parameter of verification was shown. Once the deepening on the juridically relevant interest to the contractual relationship was accomplished, the idea of objectified interest was achieved, with great proximity to the concept of cause of contracts, under the aspect of its finality. Thereby, this study culminated in registering the possibility to maintain the final contractual concrete cause as the last parameter to verify the substantiality of the performance, with the proposition of interpretative guidelines. Some of those guidelines turned out to be elements of mandatory attendance, others which presence is impeditive to application and, as a third category, auxiliary elements to the verification of substantiality were set.

Key-words: Obligational juridical relationship. Contracts. Resolution. Article 475 of the Brazilian Civil Code of 2002 Substantial performance. Checking parameters. Legally relevant interest. Final contractual concrete cause.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL, ADIMPLEMENTO, INADIMPLEMENTO E ALGUNS CONCEITOS AFINS	14
1.1 A relação jurídica obrigacional	14
1.2 A relação obrigacional como processo	17
1.3 Direitos e deveres primários, secundários, laterais e gerais de conduta	21
1.4 O Adimplemento	27
1.5 Inadimplemento: a patologia na relação obrigacional	33
1.5.1 Inadimplemento absoluto, mora e violação positiva do contrato	34
1.5.2 As consequências da mora e da violação positiva do contrato	41
2 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	47
2.1 Antecedentes e reconhecimento atual no direito estrangeiro e supranacional	47
2.1.1 Ordenamentos de <i>commow law</i>	50
2.1.2 Ordenamentos de <i>civil law</i>	53
2.1.3 Dispositivos e orientações de caráter supranacional	58
2.2 O adimplemento substancial no Brasil	60
2.2.1 A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial	65
2.2.2 A função social dos contratos e o adimplemento substancial	70
2.3 A utilização jurisdicional do adimplemento substancial no Brasil	76
3 CRITÉRIOS PROPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	84
3.1 Tempo, local e forma da prestação	85
3.2 O comportamento dos contratantes	87
3.3 A fundamentalidade do objeto para os contratantes	92
3.4 Garantias contratuais, patamares de adimplemento legalmente estabelecidos e a substancialidade	94
3.5 Critérios em normas e proposições normativas internacionais e supranacionais	97
3.5.1 Inglaterra e Estados Unidos da América	97
3.5.2 Itália, Portugal, Alemanha e Argentina	99
3.5.3 Convenção de Viena, UNIDROIT e Direito Europeu dos Contratos	102
3.6 O interesse juridicamente relevante para resolução	107
3.6.1 O interesse subjetivo	109
3.6.2 O interesse objetivado	110
3.7 A causa dos contratos e a gravidade do descumprimento	113
3.7.1 Breves considerações sobre as acepções da “causa”	114
3.7.2 Objeto, motivo, elemento categorial inderrogável e causa das obrigações	117
3.7.3 Conceito e importância da causa final do contrato	119
3.7.4 Causa contratual final concreta e a teoria do adimplemento substancial	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
REFERÊNCIAS	138

INTRODUÇÃO

A visão autonomista do Direito, pautada pela filosofia iluminista, apresentava uma perspectiva nuclear dos indivíduos, abstratamente considerados e afastados juridicamente do aspecto de coletividade. Para garantir a segurança jurídica da classe burguesa em franca ascensão à época, tal filosofia levou à busca de previsões pormenorizadas, no direito material, de todas as consequências jurídicas para cada possível ato praticado no tráfico e no contato social.

No Direito das Obrigações, por seu turno, sendo área do direito que lida, assim como diversas outras, com relações de complexidade exponencialmente crescente, aquela visão econômica iluminista liberal passou a não mais poder suprir as necessidades postas pelas relações sociais modernas.

O surgimento de um novo cenário na economia, caracterizado pelo acirramento da competição e concorrência entre os diversos setores produtivos repercute, sem dúvidas, no campo do direito obrigacional, tendo em vista o papel essencial deste no fenômeno da colaboração econômica entre os participantes das relações jurídicas obrigacionais, constituindo, assim, um meio para a repartição, circulação e produção de riqueza.

Tal fenômeno, do qual se poderia esperar benefícios, tem se mostrado, em sua concretização, um meio de deterioração das relações contratuais, gerando situações nas quais, apesar da aparente consonância com a lei, acabam sendo ofendidos bens ou conceitos protegidos por princípios jurídicos, a exemplo da função social e da boa-fé.

Este aumento na complexidade das relações sociais sobrelevou a necessidade de um firmamento no conceito de outro emblema da revolução liberal – a igualdade –, partindo-se do estabelecimento de uma igualdade apenas formal, para uma concepção também de igualdade material.

Neste espeque, a teoria contratual passa a ser informada pela ideia de isonomia aristotélica, preocupando-se, além da livre manifestação de vontade, com os efeitos práticos surgidos do contrato.

Dentre estes efeitos práticos, há uma preocupação na análise da relação havida entre os interesses individuais e os coletivos, de modo que aqueles não poderão ser garantidos absolutamente se afrontarem interesses sociais relevantes.

No âmbito do Direito Privado, as mais profundas mudanças deram-se em

função da reavaliação de seus institutos basilares, pautando-se, especialmente a partir daquele momento, pela valorização do indivíduo – do “ser”, em contraposição ao patrimônio – do “ter”, sendo guiada, neste caminho, por valores como os da boa-fé, da função social e das vedações ao abuso de direito e ao enriquecimento ilícito.

A consequência desta nova valoração foi o afastamento do dogma tido até então por meio do qual a autonomia da vontade deveria ser absolutamente observada.

Como exemplo, que se torna objeto do atual estudo, a regra contida no artigo 475, do Código Civil de 2002, que elenca um direito potestativo pelo qual, se houver descumprimento de obrigação contratual, “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”, encontra possibilidade de mitigação.

Isto se reforça por estar sendo cada vez mais privilegiado o alcance dos objetivos surgidos pela relação obrigacional via execução específica, conforme prevê o artigo 461, do Código de Processo Civil (artigos 497 e 536, do CPC de 2015), o que traz a lume uma necessidade de analisar e estabelecer parâmetros que balizarão o exercício resolutório da relação contratual.

Para tanto, consolidou-se a teoria do adimplemento substancial, pela qual se busca demonstrar que a norma aparentemente instituidora de uma sujeição do devedor à vontade do credor nos casos de descumprimento deve passar por um filtro, formado pelos valores que atualmente permeiam as relações civis. Tudo isso com o fito de verificar eventual cometimento de abuso do direito à resolução, o qual, se constatado, deverá levar à negativa de tal pedido.

A mencionada teoria, por não encontrar previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, poderia, em uma visão meramente positivista, ter sua aplicação obstada.

Entretanto, é permitida a aplicação de soluções obtidas por uma construção hermenêutica mais abrangente, especialmente para preservar a dignidade na condição dos envolvidos que estejam imbuídos de boa-fé, de modo a garantir, também no caso dos contratos, o atendimento à função social.

Para além disso, deve se ter em mente, ao invocar tal teoria, a possibilidade de que a regra obtida na análise do caso específico mantenha o vínculo estabelecido na relação jurídica obrigacional, levando-a a seu fim esperado, o

adimplemento.

Embora o Código Civil não a abarque de forma expressa, a mencionada teoria já vem sendo utilizada no Brasil, por meio de uma construção hermenêutica em razão dos princípios da boa-fé, da função social dos contratos, da vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa.

Pela relevância que o adimplemento substancial vem tomando, é de se levantar o questionamento acerca da amplitude de sua aplicação nas relações obrigacionais no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo tendo em vista a ausência de previsão legal.

Nesse *iter*, necessário que seja dado especial enfoque à transformação das relações privadas pelos princípios constitucionais e legais, além do estudo do adimplemento, inadimplemento e das figuras a eles associadas, buscando, assim, dados para a elaboração de uma crítica fundada em critérios objetivos para a avaliação da substancialidade do adimplemento.

Compartilhando os mesmos pressupostos de incidência da teoria, seja no direito civil ou no direito do consumidor, o estudo não se limita nem exclui nenhum dos mencionados campos, sendo o tema abordado à luz de ambos os regramentos.

Definir no que consiste o adimplemento substancial, quais as hipóteses de aplicação e quais as premissas para tanto, deve passar, necessariamente, pela análise da evolução das relações jurídicas obrigacionais, desde sua concepção clássica até sua concepção social, o que se pretende fazer por ilações objetivas, bem como pelo estudo do fenômeno da constitucionalização do direito civil, com ênfase nos princípios ligados à atividade negocial.

O trabalho estrutura-se em três capítulos. No capítulo inaugural, são trazidos os conceitos relativos às relações jurídicas obrigacionais, valendo-se, inicialmente, de conceituação por autores clássicos, partindo para conceitos mais sofisticados.

Dentre tais conceitos mais avançados, destaca-se aquele que permitiu a visualização das relações obrigacionais não mais de modo unitário e concentrado nas partes com atuações colidentes, mas sim como um processo, adicionando à relação outros deveres vindos da necessária observância da boa-fé objetiva.

Assim, da estrutura da obrigação, os olhares voltaram-se à sua função, fazendo se expandir as noções de adimplemento, inadimplemento e suas figuras afins, de modo que atingir o fim do contrato passou a ser mais do que mero desempenho das prestações objetivamente estipuladas.

Ainda no primeiro capítulo, é trabalhada a classificação de deveres e direitos em primários, secundários e laterais, abordando o adimplemento e o inadimplemento. Este último, com suas estratificações – absoluto, mora e violação positiva do contrato, o que, ao fim, permitirá adentrar nas consequências das subdivisões do inadimplemento, evidenciando, como objeto da pesquisa aquela posta no artigo 475, do Código Civil de 2002.

Adentrando ao segundo capítulo, são traçadas considerações sobre o adimplemento substancial, entendido como aquele que, mesmo incompleto, é próximo do desejado, de maneira a não lhe ser aplicadas todas as consequências tradicionais que podem advir da mora.

Com a teoria do adimplemento substancial, a análise do cumprimento da obrigação, atendendo à valorização do aspecto funcional, passou a voltar-se à satisfação dos interesses juridicamente relevantes surgidos da relação, buscando minorar os eventuais impactos negativos vindos da extinção do contrato de forma anormal, diversa daquela pela qual se justifica sua existência.

Tendo em vista o surgimento da teoria em ordenamento de *common law*, é realizada uma exposição sobre o primeiro julgamento conhecido que a aplicou, bem como de outros que estabeleceram algumas premissas que permitiram a aplicação. Após, são analisados ordenamentos de *civil law* e dispositivos e orientações de caráter supranacional.

A seguir, o foco se volta à teoria do adimplemento substancial no Brasil, apresentando os fundamentos que a lastreiam no país, notadamente a boa-fé objetiva, em seu viés de obstar o exercício abusivo de direitos, e a função social dos contratos.

Finalizando o segundo capítulo, é realizada uma análise dos votos, vencedores e vencidos, proferidos em julgamentos colegiados que adentraram ao mérito sobre a teoria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, buscando o principal fundamento de decisão para a aplicação ou afastamento da teoria. A escolha deste tribunal se deu em razão do papel de uniformizador de entendimentos jurisdicionais relativos à matéria infraconstitucional que detém.

Ao fim da análise, se observou a prevalência de um critério matemático no aferimento da substancialidade do adimplemento, parecendo desconsiderar, entretanto, o interesse como ponto central em tal verificação.

Por ter se encontrado diversas referências, nos ordenamentos nacional e

estrangeiro, ao “interesse”, no capítulo final, buscou-se aprofundar o estudo do que poderia ser considerado como interesse juridicamente relevante, considerando alguns critérios integrantes do processo avaliativo de sua subsistência.

Para tanto, são analisados os critérios existentes à verificação da substancialidade do adimplemento, estabelecendo uma complementação ao critério matemático, seja no sistema normativo brasileiro, estrangeiro ou supranacional, incluídas aí importantes propostas normativas, adicionando à análise do interesse sob um aspecto objetivado, a teoria da causa, em especial no tocante à causa contratual final concreta, para estabelecer sua relevância como critério último de verificação da substancialidade do adimplemento.

Ao fim, muito embora seja reconhecida a impossibilidade de se apresentar uma fórmula absoluta, pretende-se apresentar requisitos para a avaliação da substancialidade do adimplemento, a permitir a aplicação dos efeitos elencados na teoria do adimplemento substancial com maior objetividade, conferindo, tanto quanto possível, segurança jurídica nas análises das relações contratuais.

1 RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL, ADIMPLENTO, INADIMPLENTO E ALGUNS CONCEITOS AFINS

Em sentido amplo, pode ser chamada de obrigação tudo aquilo que traz a um sujeito o dever ou necessidade de cumprir algo¹. Tal aspecto não traz, necessariamente, juridicidade à obrigação.

Algumas obrigações, representativas de meros deveres morais, não são jurídicas, por não adentrarem no plano da existência. Outras, nomeadas pela literatura de naturais, são jurídicas, mas inexigíveis, pois mutiladas por não terem pretensão ou terem pretensão encoberta. Em comum entre ambas, está o fato de não se submeterem a coações externas advindas da proteção jurídica, delas não surgindo pretensão².

Para o estudo ora proposto, o relevo está nas relações que se fundamentem em fatos imbuídos de importância social tal que o direito os regule, fazendo-os fatos jurídicos³.

1.1 A relação jurídica obrigacional

A relação jurídica obrigacional é comumente conceituada a partir da relação de débito(s) e crédito(s) aos quais se ligam sujeito(s) de direito. Caio Mario a define como “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra

¹ “Na linguagem comum, utiliza-se a palavra *obrigação* para designar de modo indiscriminado todos os deveres e ônus de natureza jurídica ou extrajurídica. O termo engloba, pois, indiferentemente, em face do direito e de outros complexos normativos (moral, religião, cortesia, usos sociais, etc.), as situações que se caracterizam pelo facto de uma das várias pessoas que se encontram adstritas a certa conduta.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 53)

² “Direito subjetivo, pretensão e ação pertencem ao direito material; não se confundem com a pretensão à tutela jurídica. Não há ação do direito judicial material; porque a pretensão à tutela jurídica é que, exercendo-se, *introduz* no plano processual a alegação do direito subjetivo, da pretensão e da ação (*res in iudicium deducta*). O ato de pedir é exercício daquela pretensão, não dessa pretensão (de direito material) dirigida contra o réu, nem da ação: a ação é uma das alegações da *res in iudicium deducta*.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. p. 73).

³ “*Fato jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. p. 148)

prestação economicamente apreciável”⁴.

Clóvis Beviláqua define obrigação jurídica da seguinte forma:

[...] é a relação transitória de direito que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por acto nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.⁵

Há, ainda, a definição trazida por Serpa Lopes, para o qual as obrigações seriam relações jurídicas consistentes num dever de prestação, excluindo expressamente referência a valores patrimoniais, pois segundo o autor, “discutível é se a obrigação pode ou não ter um conteúdo simplesmente moral”⁶.

Washington de Barros Monteiro, a definiu tal espécie de relação como aquela “de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe adimplemento através de seu patrimônio”⁷.

Já para Carlos Roberto Gonçalves, a caracterização da relação obrigacional se dá “não tanto pelo dever do obrigado, mas como um direito do credor. A principal finalidade do direito das obrigações consiste exatamente em fornecer meios ao credor para exigir do devedor o cumprimento da prestação”⁸, conceituando-a como “o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação”⁹.

Por tais conceitos, percebe-se a evidenciação de um caráter transitório e meramente econômico da relação jurídica obrigacional. Um vínculo entre dois ou mais sujeitos, surgido de um fato jurídico, ao qual se atribui efeito obrigacional.

Neste sentido, o estudo da relação obrigacional poderia ser resumido na análise dos seus elementos constitutivos básicos: (i) os sujeitos da relação (credor e devedor); (ii) o objeto da relação (dar, fazer ou não fazer) e (iii) o vínculo jurídico,

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7-8.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896, p. 5-6.

⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. v. 2, 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 11.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 29. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 8.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**, v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**, v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

que permite ao credor exigir o cumprimento daquilo a que se obrigou o devedor¹⁰.

Com o estabelecimento da relação surge, entre os sujeitos, um vínculo coercitivo pelo qual o polo credor poderá exigir (pretensão, pois¹¹) do polo devedor o atendimento ao que fora pactuado. É relação subjetiva, portanto.

Na mesma linha, valendo-se da teoria do fato jurídico na análise da relação jurídica obrigacional, Marcos Bernardes de Mello aduz que:

Exceto as hipóteses de situações jurídicas simples, dos fatos jurídicos resulta sempre o envolvimento de mais de uma esfera jurídica, portanto, de mais de um sujeito. Em geral, esse envolvimento intersubjetivo tem a consequência de produzir direitos e deveres correspectivos; quer dizer: o direito que integra uma esfera jurídica corresponde a um dever em outra esfera jurídica e vice-versa. Essa correspectividade de direitos e deveres caracteriza uma relação jurídica entre os titulares (sujeitos) das duas esferas jurídicas.¹²

Tais conceitos se mostravam fortes em virtude do movimento de codificação, que tencionava abarcar em completude as diversas situações jurídicas em potencial.

Muito embora tais definições tenham encontrado relativa firmeza, é certo que podem se mostrar insuficientes diante dos atuais conceitos relacionados ao conjunto de normas trazidas na teoria contemporânea da obrigação¹³, por força das quais foram constituídos e se norteiam diversos microssistemas jurídicos.

Exatamente por este motivo, no amplo espectro de relações jurídicas, em especial aquelas entre polos substancialmente desequilibrados, impõe-se a

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**, v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

¹¹ “Pretensão é, pois, a *tensão* para algum ato ou omissão dirigida a alguém. O *pre-* está, aí, por ‘diante de si’. O direito é dentro de si-mesmo, tem *extensão* e *intensidade*; a *pretensão* lança-se. Não é o direito, nem a ação, nem, *a fortiori*, a ‘ação’ (sentido processual); há direitos que perderam, ou não têm pretensão; há ações, sem que o autor delas seja o titular da pretensão; e pretensão, sem a ‘ação’ ou sem a ação e a ‘ação’. Na pretensão, o direito *tende* para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. p. 534)

¹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 232-233.

¹³ “A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo de incidência do direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo, em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o *corpus juris* vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação.” (SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 65).

observância de elementos outros, que vão além dos tidos como definidores da relação (sujeitos, objeto e vínculo jurídico).

Na definição de Antunes Varela, pela qual consiste a obrigação “na relação jurídica por virtude da qual uma pessoa pode exigir, no seu interesse, determinada prestação de uma outra, ficando esta sujeita ao correspondente dever de prestar”¹⁴, já se pode verificar apontamento ao interesse do credor como elemento definidor, evidenciando a existência de elementos além daquela simples relação entre crédito e débito.

1.2 A relação obrigacional como processo

Na concepção de relação obrigacional pela teoria do fato jurídico, conforme passagem anteriormente transcrita, já se percebe que não estão hermeticamente fechados em débitos e créditos os direitos correspectivos, havendo a possibilidade e, atualmente, a necessidade, da integração de novos elementos.

Surgem, por haver espaço e necessidade, independentemente da vontade declarada dos sujeitos, deveres acessórios a toda e qualquer relação jurídica obrigacional. Nas palavras de Eduardo Bussata, a “relação simples, contendo linearidade de crédito e débito, passa a ser complexa, formada por um feixe de direitos, pretensões, ônus, estados de sujeição etc”¹⁵.

Mesmo autores que ainda conceituam o vínculo obrigacional em consonância com a forma clássica¹⁶ já reconhecem tal evolução e os fatores que atualmente devem dirigi-lo, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves:

Do individualismo econômico, característico da época romana, e da autonomia da vontade, evoluiu o direito obrigacional para o campo social, influenciado pelas Encíclicas e pelos movimentos sociais, bem como para o dirigismo contratual, com a predominância do princípio da ordem pública.

Nos tempos modernos, com efeito, cresce a intervenção do Estado em detrimento da liberdade de ação do indivíduo. Dá-se ênfase à função do contrato, ampliando-se também a noção de “socialização dos riscos” no âmbito da responsabilidade civil, dentre outros

¹⁴ VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**: Conceito, estrutura e função da relação obrigacional. Fonte das obrigações-Modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 57.

¹⁵ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 11.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral das Obrigações, v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

aspectos dignos de nota.¹⁷

Verifica-se, portanto, a necessidade de observância não só de deveres primários, diretamente decorrentes dos elementos definidores da relação obrigacional, inexas¹⁸ a ela, mas também de deveres secundários, complementadores dos primeiros e observados nas diversas fases ou etapas da relação jurídica, os quais receberão análise específica mais adiante.

Muito embora se proponha a complementação do conceito e efeitos tradicionais da relação obrigacional, é de se evidenciar que não se propõe sua superação completa. Não restam dúvidas que tais relações se justificam primordialmente em sua força de obrigar as partes a cumprir a avença.

Pelo conceito que passa a ser proposto, a liberdade das partes integrantes da relação obrigacional não é tolhida, mas tão somente conformada às exigências da visão solidarista¹⁹ do Direito. A ideia que exige o exato cumprimento da obrigação comporta abrandamento, jamais para descaracteriza-la, mas justamente ao contrário, para que se possa utilizar outros meios mais adequados ao cumprimento, na medida em que a mantém. Mesmo Perlingieri reforça o elemento relacional do crédito:

Com o advento de concepções realistas e sociais o indivíduo passa a ser representado em contínua relação ou contraposição, mas sempre em coligação, com outros centros de interesses. Em uma visão conforme aos princípios de solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos.²⁰

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**, v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.

¹⁸ “Têrmos e condições são determinações necessariamente insertas nos atos jurídicos; são nêles, *in-nexam*, porque de dentro dêles lhes traçam, no tempo, limite de eficácia; não se ligam a êles, não se lhes anexam; são, por isso, ditas *determinações inexas*. O nexa é interno, e não externo.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. p. 159)

¹⁹ “A tese encontra-se conexiada ao princípio da dignidade da pessoa humana, de foro constitucional, diretriz fundamental para guiar a hermenêutica e a aplicação do Direito, e para nortear o rumo do presente trabalho. A reflexão sobre o patrimônio pode (e deve) estender-se em dois horizontes complementares: o primeiro, aquele que supere o limite individual da guarida e abraça a coletividade; o segundo, aquele que voe do presente para alcançar o futuro, mesmo que em incerta e improvável utopia.” (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288).

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 729.

A ideia é que “o vínculo obrigacional abriga, além de um débito e de um crédito, vários elementos jurídicos, suscetíveis de tratamento diferenciado e dotados de um sentido global que os transcende”²¹.

Surge, então, uma necessidade de se estratificar a relação obrigacional para que os aspectos mencionados possam ser, conforme a necessidade, analisados separadamente.

Parece mais interessante, portanto, tratar a relação jurídica, de acordo com a proposição de Clóvis do Couto e Silva, “como uma totalidade, realmente orgânica”²², partindo do pressuposto de ser o vínculo não só uma interligação de débito e crédito, mas sim uma “ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”²³. Mais primorosa a definição da relação obrigacional como um processo de cooperação entre os polos que a compõem²⁴, voltada a determinado fim – o adimplemento.

Na lição de Jorge Cesa Ferreira se encontra a relevância de tal visão das obrigações:

²¹ BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**: Teoria Geral, v. 1, p. 353-372. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 364-365.

²² SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

²³ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

²⁴ Torquato Castro tece críticas à ideia basilar de Couto e Silva, ao consignar que discorda “profundamente do eminente mestre brasileiro na posição que assume. Em primeiro lugar, o conceito de unidade de ordem, em uma situação jurídica relacional, não resulta, nem da consideração isolada da obrigação, nem daquela do crédito – que são posições jurídicas típicas, profundamente *diversas*, ainda que coordenadas entre elas no melhor sentido de cooperação. O sentido unitário que coordena tais posições de sujeitos reside, não nelas mesmas consideradas de per si, mas no conceito global e superior da situação jurídica que, por sua unidade de ordem, destaca as posições diversas de cada sujeito para dispô-las na ordem que tem por fim precípua uma atribuição jurídica. (...) A matéria de toda a situação jurídica consiste num *concretum* existencial (no sentido heideggeriano) de elementos – pessoa ou pessoas, coisas e atos externos – entitativamente *diversos* que se correlacionam por um processo de *disposição* que neles introduz a norma, e no qual cada pessoa assume papel (posição de sujeito) diverso e medido. É erro ver o *todo*, em qualquer desse elementos em agregação (*conceito*), ou em cada *posição de sujeito* que as pessoas assumem nesta disposição normativa. A unidade de ordem reside no *todo* situacional, enquanto, ao dispor, imprime a esse elementos *agregados*, segundo um certo *analogon*, o fim especificamente jurídico de uma justa atribuição”. (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legítimo do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 154-155). Tais ideias aparentemente contraditórias entre si, não afastam a utilização de outras ideias de Torquato Castro, apresentadas no último capítulo, para a análise da substancialidade do adimplemento necessária para obstar a resolução por inadimplemento. Torquato Castro, muito embora não concorde com as premissas da teoria de Couto e Silva, não parece ter refutado a existência e relevância dos direitos secundários, laterais e gerais de conduta, alguns dentre os quais servirão de alicerce para a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Como se pode perceber, a visão de obrigação como processo acentua, na noção de obrigação, um segundo elemento que se congrega com aquele já sublinhado pelas demais expressões. Destas retira-se que a obrigação contempla a integração de uma multiplicidade de direitos, deveres faculdades, ônus etc., cuja união supera a mera soma das suas individualidades. Da idéia de processo, por sua vez, retira-se que a obrigação conforma-se às alterações de circunstâncias visando a consecução de seu objetivo finalístico, o adimplemento.²⁵

O entendimento da relação jurídica obrigacional como processo traz reflexos na própria estruturação do atual Código Civil, que separou as fases de criação, desenvolvimento e desaparecimento do vínculo obrigacional, estratificando esta última parte no modo esperado – o adimplemento, e no modo indesejado, patológico – o inadimplemento.²⁶

O antigo Código, por sua vez, trazia as regras acerca do adimplemento sob a denominação “Dos Efeitos das Obrigações”, situando-as no Título II, do Livro III (Do direito das obrigações), constando as regras relativas ao inadimplemento em seu Capítulo XIII.

Muita embora se constate evolução no atual Código Civil em relação ao anterior, nele ainda não se encontra uma definição de obrigação, limitando-se aos efeitos que dela advém. Diferentemente, o Código Civil português a apresenta, consignando que (art. 397) obrigação “é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.

Já sob esta nova perspectiva de relação obrigacional, Paulo Lôbo evidencia a relevância do conceito de pretensão para que se compreenda corretamente o sentido de obrigação. Diz o autor que sem “pretensão, pode haver dever ou dívida, mas não obrigação em sentido estrito. [...] Obrigação, no sentido estrito e preciso do

²⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

²⁶ “No Livro do Direito das Obrigações, Título I, estão as *modalidades* das obrigações, que marcam justamente a fase de sua origem, do seu nascimento: o dar, o fazer e o não-fazer. Depois, no Título II, vamos encontrar a sua *mobilidade*, o modo de transmissão de obrigações, pela cessão de crédito e assunção de dívidas. Vemos localizadas, no Título III, as formas pelas quais o vínculo é *extinto* pelo *adimplemento*, que é o seu fim, cuidando o Código, finalmente, no Título IV, da patologia da relação, isto é: as formas e efeitos do *inadimplemento*. No Título III (extinção pelo adimplemento), em vez de englobar, de forma assistemática, todas as formas pelas quais a relação obrigacional pode ser extinta, o Código cuida, especificamente, do cumprimento, do adimplemento ou do pagamento (as expressões são usadas como sinônimas), seja através do cumprimento voluntário, direto e adequado, ou *satisfatório*, pelo devedor (que tem subjacente o conceito estrito ou técnico de adimplemento), e o chamado pagamento indireto, tudo nomeando, com muito rigor técnico, ‘Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações’.” (MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 95-113, fev./jun. 2002. Edição especial, parte 1, p. 96).

termo, é apenas o dever ou dívida que podem ser exigidos pelo credor”.²⁷

Tal conceituação baseia-se na lição de Pontes de Miranda, quando se preocupou em estabelecer um corte metodológico no objeto das relações jurídicas obrigacionais:

Em sentido estrito, “obrigação” é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, prestação. Do lado do credor, há a pretensão; do lado do devedor, a obrigação. Logo se percebem as ambigüidades que advêm de se chamar obrigação à dívida e de se deixar de distinguir do crédito exigível o não-exigível. Na verdade, o Direito das Obrigações trata de direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações, como todos os outros ramos do direito. Aludindo-se a obrigações, no sentido estrito, de que aqui falamos, corta-se ao conceito de obrigações o que é obrigação fora do direito das obrigações e diz-se obrigação o que às vezes só é dívida. Ali, obrigações são apenas certas obrigações pessoais; aqui, fala-se de obrigação onde há dívida e onde não há obrigação.²⁸

Do que se disse, é perceptível a configuração da relação obrigacional como um conjunto, um processo, no qual, além de direitos e deveres primários, existem outros, que são dignos de análise.

Oportuno, pois, para o estudo de teorias que se apoiem no adimplemento, que sejam identificados e analisados aqueles direitos e deveres primários, secundários e laterais, com suas respectivas decorrências para os integrantes da relação obrigacional.

1.3 Direitos e deveres primários, secundários, laterais e gerais de conduta

Os direitos e deveres primários, já identificados e comportados pela definição clássica de obrigação, são aqueles que dão forma ao tipo obrigacional, permitindo a distinção entre figuras previamente elencadas no direito positivo, constituindo o interesse central da relação, estando intrinsecamente ligados ao seu objeto²⁹.

Quase à mesma distância do interesse central dos participantes da relação

²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

²⁸ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. p. 60.

²⁹ “Avulta, evidentemente, os *deveres principais ou primários* de prestação. Constituem estes e os respectivos direitos o fulcro ou núcleo dominante, a «alma» da relação obrigacional, em ordem ao consequimento do seu fim. Daí que sejam eles que definem o tipo de contrato, sempre que se trate de uma relação dessa natureza.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 63).

obrigacional situam-se os direitos e deveres secundários ou acessórios. Tal categoria contém carga valorativa destinada a garantir a plena realização dos interesses dos figurantes da relação obrigacional, ainda que como sucedâneo ou complemento. É o que ensina Mario Júlio de Almeida Costa:

Observou-se que há, também, *deveres secundários ou acidentais de prestação*, que se mostram susceptíveis de revestir duas modalidades. Distinguem-se, na verdade, dos *deveres secundários meramente acessórios da prestação principal*, os quais se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a sua perfeita realização (assim, na compra e venda, o dever de conservar a coisa vendida até à entrega ou o dever de embalá-la e transportá-la), os *deveres secundários com prestação autónoma*, nesta última categoria, por seu turno, o dever secundário pode revelar-se *sucedâneo do dever principal de prestação* (o caso de indemnização resultante da impossibilidade culposa da prestação originária, que substitui esta) ou coexistente com o *dever principal da prestação* (o caso da indemnização por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária).³⁰

Em uma terceira posição, não menos relevante, se encontram os deveres laterais, que vão além de exigência de conduta voltada ao atendimento da obrigação, abrangendo deveres de proteção, informação e de lealdade, tendo por base a boa-fé objetiva, que passa a ser um dos balizadores do adimplemento. Tais deveres “possuem suas eficácias independentemente da nulidade dos negócios subjacentes, podem subjetivar-se tanto na pessoa do devedor como na do credor e não se ligam à espécie de relação obrigacional ou ao tipo de contrato”.³¹

Mário Júlio de Almeida Costa atribui “à orientação clássica, de fundo romanístico, a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação”³². Ressalta, a seguir, que devido à influência de juristas alemães, os quais evidenciaram o caráter restritivo de tal perspectiva, pôde se chegar a compreensão maior das obrigações, figurando, junto aos deveres principais e acessórios, os deveres laterais (*Nebenpflichten*), além de direitos potestativos, sujeições, ônus e expectativas jurídicas³³.

³⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 63.

³¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90.

³² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 63.

³³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 60.

Em síntese, além dos deveres de lealdade, pelos quais devem os integrantes do vínculo mais do que atuar positivamente para manter o equilíbrio nas prestações, se abstendo de quaisquer condutas tendentes ao desequilíbrio (ainda que potencialmente), atuam outros deveres laterais, esses de esclarecimento e proteção, pelos quais deve se visar evitar danos ao outro sujeito da relação³⁴. Jorge Cesa Ferreira ao tratar dos deveres laterais, consigna o seguinte:

Num primeiro plano, as partes vinculam-se visando o objeto da prestação, cabendo ao resultado da atuação do devedor atingir o cumprimento. Trata-se, pois, de um interesse positivo: há que se fazer algo para que um determinado resultado seja *atingido*. De fundo, por sua vez, há outro interesse. Toda relação expõe a pessoa ou os bens de uma parte à atividade da outra, que pode, com esta atividade, provocar danos a tais bens ou colocá-los em perigo. Incide então a boa-fé, a regular o comportamento dos sujeitos por meio da criação de uma série de deveres dedicados a evitar situações danosas. Esses deveres, assim, ao contrário dos anteriores, veiculam um interesse negativo: há de se fazer algo (ou que se tomar determinadas medidas) para que um determinado resultado *não seja atingido*. Esses deveres são por eles chamados de “deveres de proteção”

[...]

A doutrina posterior, porém, alargou a concepção dos deveres laterais, incluindo dentre eles todo um conjunto de deveres que tem uma relação com a prestação, mas uma relação *indireta*, ou, com outras palavras, qualitativa.³⁵

Não é sem razão que Anelise Becker argumenta sobre a necessária observância dos deveres laterais, evidenciando que estes “não consistem, portanto, em elementos da relação contratual existentes *ab initio*, em *numerus clausus* e com um conteúdo fixo”³⁶, de tal forma que o conteúdo de tais deveres pode nem mesmo ser verificável no surgimento do vínculo obrigacional, sendo delineado somente levando-se em consideração a execução vista sob o prisma da finalidade da relação. Complementando o que já fora dito, prossegue a autora:

De certo modo, pode-se dizer que existem, potencialmente, desde o início e são atualizados à medida que se vão verificando as situações

³⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011, p. 604-607.

³⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 78-81.

³⁶ BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**: Teoria Geral, v. 1, p. 353-372. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 369.

que põem em perigo a consecução do interesse no contrato. Sua fixação, portanto, somente é possível em um determinado momento temporal e sua existência independe da hipótese de sua violação, extinguindo-se com seu cumprimento ou com sua superação através de uma alteração das circunstâncias que determinaram o seu surgimento, o que os torna sem objeto.³⁷

Neste mesmo sentido, Judith Martins-Costa, chamando-os de deveres instrumentais³⁸:

Os deveres instrumentais não decorrem necessariamente do exercício da autonomia privada nem de explicitação legislativa. Podem comparecer em qualquer relação obrigacional, apresentando-se em *graus escalonados de intensidade* conforme o dinâmico desenrolar da relação, as situações jurídicas subjetivas em causa, as suas características e circunstâncias concretas, sendo impossível definição taxativa ou *a priori*. O desenvolvimento de sua tipologia, que é aberta, muito deve à atividade judicial.³⁹

Os deveres laterais, muito embora não componham o núcleo da relação obrigacional, possuem espectro de aplicação mais amplo do que o próprio dever de prestar. Eles interessam ao “exacto processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exacta satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional”⁴⁰.

São exigíveis, portanto, desde a fase pré-contratual, devendo haver conduta leal e honesta dos interessados e, ainda, não se exaurem na realização da prestação, pois é necessário, também na fase pós-contratual, que os integrantes da relação garantam a utilidade daquela prestação. Por isso devem figurar, necessariamente, entre os elementos de verificação do adimplemento. Senão, vejamos:

³⁷ BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**: Teoria Geral, v. 1, p. 353-372. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 369.

³⁸ “Os deveres instrumentais adquirem diversa terminologia. Ditos *Nebenpflichten*, na terminologia alemã, e por vezes chamados de anexos, ou laterais, ou acessórios, têm como particularidade o seu escopo, que diz com o *exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada finalisticamente, e considerados os legítimos interesses de ambos*. Nesta medida, são deveres marcados pela instrumentalidade, razão pelo qual nós os denominamos ‘deveres instrumentais’.” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). v. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 47-48).

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). v. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 48-49.

⁴⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 64.

A partir da visualização e da compreensão dos deveres laterais, passa-se a entender, não só na Alemanha, como também na França, na Itália, em Portugal etc., que o adimplemento abarca todos os interesses envolvidos na obrigação, estendendo-se, portanto, dos deveres de prestação aos outros deveres de comportamento (deveres laterais), reunidos nestes tanto os não-vinculados à prestação, mas relativos aos cuidados necessários à pessoa e aos bens da outra parte expostos pela relação (os deveres de proteção, de STOLL), quanto os deveres indiretamente vinculados à prestação.⁴¹

De tal conceituação, mais refinada, se extrai a necessidade de observância dos deveres laterais não só pelo devedor, mas também pelo credor e, em determinadas hipóteses, até mesmo por terceiros⁴², da mesma forma como já consolidado em relação aos primários e secundários.

Para Clóvis do Couto e Silva, entendida a relação jurídica como um processo, composto de diversas fases e deveres, aqueles deveres tidos como anexos da conduta principal esperada, por surgirem independentemente da vontade dos envolvidos, por vezes antes mesmo da incidência de uma norma jurídica ao negócio celebrado entre as partes, poderiam ser exigidos independentemente da prestação principal⁴³.

⁴¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 6) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

⁴² O respeito de terceiros ao vínculo obrigacional deve ir além da restritiva previsão do artigo 608, do Código Civil de 2002, como se vê na passagem adiante: "A relatividade, como acima se expôs, sob o ponto de vista estrutural, significa que os direitos de crédito existem a partir de uma relação jurídica bem delimitada; por essa razão é que são direitos relativos. Sob a perspectiva da eficácia, a relatividade encontra sua projeção na eficácia interna - ou seja, nos efeitos produzidos pelo contrato em relação ao devedor (somente este pode descumprir a prestação contratualmente estabelecida, e não o terceiro, que pode apenas intervir para que o devedor a descumpra) - e na eficácia externa. Nessa última projeção da relatividade, existem vários desdobramentos, entre eles, o da oponibilidade. Esta servirá de fundamento para que as partes da relação jurídica obrigacional, em determinadas situações, possam fazer valer os efeitos externos dos contratos frente a terceiros que se encontrem em situação jurídica incompatível. Assim, a oponibilidade é um conceito reservado para significar a projeção dos efeitos externos do crédito em relação a terceiros." (URBANO. Hugo Evo Magro Corrêa Urbano. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In: **Revista de direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 11, n. 43, p. 180-231, jul./set. 2010, p. 196-197).

⁴³ "De alguns negócios jurídicos brotam obrigações cujo adimplemento se pode considerar realizado, ainda que não se obtenha o fim do contrato e mesmo que não se tenha verificado o obstáculo da *vis major*. Os autores franceses, os primeiros que observaram esse fenômeno, denominaram e dividiram as obrigações em 'de meios e de resultado'. Essa distinção tem sido objeto de crítica. De qualquer forma, serve bem para caracterizar a existência de certos deveres em cujo processo a obtenção do fim, embora certamente desejada, não constitui, por si só, critérios para verificar se houve, ou não, adimplemento." (SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 64). "Como já mencionamos, a particularidade de algumas das obrigações anexas é a de ainda perdurarem, mesmo depois do adimplemento da obrigação principal, de modo que, quando se diz que o adimplemento extingue a relação jurídica, se deve entender que se extingue um crédito

Importante que se frise a opinião de Paulo Lôbo, para quem os deveres de conduta podem constituir mais do que deveres laterais à prestação, tornando-se deveres gerais de conduta:

Os deveres de conduta, hauridos de equivalentes princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução dos direitos fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implica a dos outros. [...] Os deveres gerais de conduta, ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo, em cada relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação. Essa é sua característica, razão por que são insuscetíveis ao processo tradicional de subsunção do fato à norma jurídica [...].⁴⁴

Em que pese a opinião transcrita, parece que os deveres de conduta não se confundem com os deveres gerais de conduta, pois os segundos situam-se no plano normativo geral, pré-existent, portanto, ao vínculo surgido em razão da relação obrigacional. Os primeiros, a seu turno, surgem de um vínculo intersubjetivo específico, sendo delineados no desenvolvimento da relação obrigacional.

Da violação dos segundos, teríamos descumprimento de dever jurídico geral. Se violados os primeiros, teríamos alguma das modalidades do inadimplemento.

Neste sentido, defende Jorge Cesa Ferreira:

Do exposto, pode-se constatar a distinção entre inadimplemento e o mero descumprimento de dever jurídico. O inadimplemento é um descumprimento de dever jurídico qualificado pela pré-existência de

determinado. [...] Consistindo o adimplemento em ato-fato, é desnecessário pesquisar se houve ou não vontade. A eles, [deveres secundários], via de regra, não corresponde pretensão, como nos deveres de comunicar e indicar, em que o credor evidentemente não tem conhecimento de situação que deva ser esclarecida. [...] Às vezes, porém, ultrapassam o adimplemento da obrigação principal e são acionáveis independentemente.” (SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 92-93).

⁴⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75-77.

relação obrigacional. Não se trata, pois, de um mero desrespeito a uma imposição de ordem geral, a ser observada por todos os membros de uma comunidade política (dever de respeito à propriedade alheia, p. ex.), mas de um preceito individual, emanado do vínculo constituído entre dois pólos.⁴⁵

Apesar da divergência destacada, se percebe, de toda a reflexão trazida até o momento, a intensificação, na literatura e na produção legislativa, do entendimento da relação jurídica como processo, sendo chamada a atenção para o conteúdo substancial da relação jurídica obrigacional. Cabe, a seguir, analisar os possíveis desfechos da relação.

1.4 O Adimplemento

É um ponto comum na literatura jurídica que a obrigação deva ser norteadada *pelo* adimplemento. É com tal fim que surge e desvios no percurso até ele são tratados como anomalias.

No conceito clássico da relação obrigacional o adimplemento é alcançado com o atendimento integral e absoluto do objeto/prestação principal. É ato-fato⁴⁶ que, satisfazendo a pretensão do credor, põe fim à obrigação, não sendo analisados eventuais deveres além do de prestar.

Autores como Beviláqua e Serpa Lopes trazem conceitos de adimplemento inteiramente voltados ao conteúdo principal e definidor da relação obrigacional:

A execução voluntaria consiste no cumprimento, espontaneo ou solicitado, da prestação que incumbe ao devedor.⁴⁷

No adimplemento da obrigação, ao devedor se impõe um comportamento estritamente de acôrdo com o que contratualmente se estipulou, e o credor não é obrigado a receber outra coisa que não

⁴⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 7) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

⁴⁶ “São várias as doutrinas acerca da natureza do adimplemento, principalmente as que o consideram ato jurídico, seja como ato jurídico em sentido estrito, seja como negócio jurídico. O adimplemento não é ato jurídico que dependa sempre de manifestação de vontade capaz, como foi no antigo direito romano. Não se exige ânimo de adimplir em todos os casos. É irrelevante a vontade do devedor de adimplir ou extinguir a dívida (*animus solvendi*). [...] A relevância para o direito não está no ato, na ação humana, mas na realização ou no resultado fático que ingressa no mundo jurídico. Assim, classifica-se entre os atos-fatos, que não estão sujeitos a validade ou invalidade; existe ou não existe (plano da existência), é eficaz ou não (plano da validade), sem cogitar de ser nulo ou anulável.” (LÓBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171).

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896, p. 111.

a convencionada, ainda que mais valiosa.⁴⁸

Serpa Lopes apresenta, ainda, quatro requisitos para o exato cumprimento da obrigação: identidade e integridade da prestação, pagamento, capacidade do pagador, lugar da prestação e tempo do cumprimento da obrigação⁴⁹.

Como se percebe, o foco, até então, residia na transitoriedade do vínculo obrigacional, pois as obrigações nasceriam “para ser pontual e integralmente cumpridas pelo devedor, e, assim, extinguir-se”⁵⁰.

Entretanto, com a alteração de paradigmas de modo a permitir o reconhecimento dos deveres acessórios e laterais, bem como da relação obrigacional entendida como processo, o atendimento satisfatório da obrigação é potencialmente complexificado, passando a ser verificado por sua função econômica e social⁵¹, afastando-se da análise unicamente baseada no objeto principal da obrigação.

Diz Jorge Cesa Ferreira que “o pagamento é o meio esperado de extinção [...], o meio que menos onera e que melhor realiza não só os interesses objetivos das partes, como também o ‘interesse’ da sociedade na fluidez do tráfego jurídico”⁵².

Paulo Lôbo, sobre o adimplemento, diz o seguinte:

O adimplemento é o cumprimento pelo devedor da prestação a que

⁴⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. v. 2, 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, p.184.

⁴⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. v. 2, 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, p.185.

⁵⁰ CAVALLI, Cássio. **Mora e utilidade**: os Standards da utilidade no modelo jurídico da mora do devedor. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 23.

⁵¹ “A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170). A justiça social importa ‘reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º e inciso VII do art. 170). São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos mais fracos e por supor a intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial). Um dos mais importantes dispositivos no Código Civil de 2002, o art. 421, que introduz a normativa geral dos contratos, estabelece que a liberdade de contratar será exercida ‘em razão e nos limites da função social do contrato’. Não se trata aí apenas de limites negativos, mas, principalmente, de condicionamento positivo do conteúdo e finalidades do contrato; a essencialidade principiológica da norma é demonstrada pelo parágrafo único do art. 2.035 que prevê a nulidade de qualquer convenção das partes que contrarie a função social do contrato.” (LÔBO, Paulo. *Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 26 abr. 2014).

⁵² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 6) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

estava vinculado: dar, fazer ou não fazer. Com o adimplemento, cessa a relação jurídica obrigacional entre o devedor e o credor. O adimplemento realiza o fim da obrigação, satisfazendo o credor e liberando o devedor, extinguindo a dívida.⁵³

Nesta linha, ainda nas palavras de Jorge Cesa Ferreira, se encontra o seguinte:

A relação obrigacional simples basta-se no nexo de crédito e débito, estaticamente. Já a relação complexa abrange todo o conjunto de direitos, deveres, (de prestação e de conduta), ações, exceções, direitos potestativos e estados de sujeição que a concreta relação envolve. Na perspectiva da obrigação simples é adequado entender o pagamento como mera realização da prestação. No entanto, partindo-se da noção de obrigação complexa, o pagamento não se limitará a essa realização. Mais do que isso, haverá de verificar-se, também, a satisfação do conjunto de direitos e interesses decorrentes do vínculo, não limitados à troca de bens ou realização de serviços.

[...]

Como se constata, o pagamento é conceito dos mais complexos na dogmática obrigacional. Ele não envolve somente um ato, mas também uma finalidade, possui diversas abrangências e, conforme as circunstâncias, diversos efeitos.⁵⁴

Das passagens já transcritas, especialmente nas que apresentam visão mais ampla dos conceitos de relação jurídica obrigacional e adimplemento, percebe-se grande influência das ideias defendidas por Pontes de Miranda, para quem o adimplemento pode ser visto, em sentido largo, quando ocorre qualquer liberação ou satisfação ou em sentido estreito, quando o devedor presta diretamente o devido⁵⁵, conforme a passagem seguinte:

O interesse do credor pode realizar-se por fato natural (crédito de demolição, seguido do fato natural do desmoronamento, consequimento parcial do escopo, porque falta a remoção dos escombros; crédito de remoção de troncos e galhos de árvores que obstruíram o rio e descida de todos com a enchente), ou por ato jurídico do credor (aquisição, pelo credor, B, da coisa que pertence a C, e A lhe vendera), ou fato do credor (êle mesmo demoliu a casa ou desobstruiu o rio, em lugar do devedor) ou ato jurídico de terceiro (C doa a B, credor, a casa que A vendera a B), ou fato de terceiro (C

⁵³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.

⁵⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 6) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 142.

procede à demolição ou desobstrui o rio, sem ser em adimplemento do dever ou da obrigação de A). [...] o conseguimento do escopo distingue-se da *eliminação do escopo* ou *do interesse do credor*, em que êsse não pode mais ser realizado, ou não existe.⁵⁶

Para o autor, a “solução ou adimplemento pode ser definido pelo *efeito*, e é a *solutio* dos textos, a extinção do dever ou da obrigação sòmente, liberando [...]. Não se leva em conta o *conteúdo* do dever ou da obrigação”.⁵⁷

Ressalta, ainda, ser o real conteúdo da obrigação o “prestar” e não o objeto da prestação em si, conforme inserto na seguinte passagem:

Tem-se pretendido que, quanto ao conteúdo, só o ato do devedor seja “atuação” no conteúdo do dever ou da obrigação. Mas, aí, já se torna demasiado estrito o sentido de atuação no conteúdo do dever ou da obrigação. A *solutio*, segundo o étimo (*se, lua*, em que há o *se* de *sed, sitie, sem*, e o *lua* de *Use*, em análise, em paralisia) e o antigo direito romano, era tóda dissolução do vínculo obrigacional pelo devedor. O sentido estrito, de pagamento, foi sentido posterior.⁵⁸

Seguindo esta linha de raciocínio, alargando a análise do adimplemento, Pontes de Miranda identifica o que chamou de “adimplemento não-satisfatório”, reconhecendo, quando de sua análise, deveres de proteção a serem observados para o alcance do adimplemento⁵⁹.

Há, portanto, a necessidade de que sejam reconhecidos e tutelados os deveres acessórios e laterais das obrigações, tendo isto como decorrência a ampliação do conceito de adimplemento, que alarga a gama de interesses a serem

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 143.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 141.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 142.

⁵⁹ “Os legisladores de todo o mundo, ao tratarem de impossibilidade e de não-adimplemento, não viam que faltava considerar-se o adimplemento, que ocorreu, porém não satisfez. O devedor não só está obrigado a prestar, mas sim a prestar de tal maneira que satisfaça. Se adimple de jeito que não baste, ou que cause dano, ou imponha despesas, satisfatoriamente, não adimple. [...] O consertador de máquinas, que fêz o consêrto, mas ainda não trabalha com a eficiência, que se havia de esperar, a máquina, adimpliu insatisfatòriamente. Quem prometeu dez caixas de vinho e remeteu nove, no dia do vencimento, e uma, dia ou dias depois, insatisfatòriamente adimpliu. Se A vende ou aluga a B três garanhões e o empregado de B os recebe, de inferior qualidade, havendo a fecundação, A está obrigado à indenização, ainda que purgue a mora, remetendo depois os que prometera. São os chamados *danos concomitantes* (Begleitschaden), de que falam FR. LEONHARD (*Allgemeines Schuldrecht*, 542) e outros, ou *danos suplementares*. O cumprimento foi defeituoso. [...] Chama-se a êsse dever infringido *dever de proteção*, porque quem executa tem de executar sem causar danos, mas o conceito apenas caberia, no caso de danos suplementares, no de dever de adimplemento satisfatório, e pois no de *dever de prestar*.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 246-247).

satisfeitos, incluídos os do devedor. Na definição de Judith Martins-Costa, o adimplemento pode ser entendido como:

[...] o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizerem instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatórios do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concretas.⁶⁰

É de se evidenciar diferença no uso da expressão obrigação norteadas “pelo adimplemento” em detrimento de somente “para o adimplemento”, pois, diante dos fatores pontuados anteriormente, que alteraram a concepção de relação obrigacional, questão relevante a ser analisada reside nas consequências deste novo entendimento sobre o conceito e definição do adimplemento e, consequentemente, nos seus pressupostos de verificação e decorrências no Direito Brasileiro.

Retomando o que se disse antes, a relação obrigacional deve ser entendida como uma cooperação entre os polos que a compõem, voltada ao adimplemento, mas não apenas dos deveres primários, consubstanciadas na prestação principal, como se defende a seguir:

[...] o adimplemento somente se consumará com a satisfação do grupo de interesses envolvidos, o que importa na necessária compreensão de que estes envolvem não só os vinculados direta ou indiretamente à prestação, mas também os relativos à manutenção do estado pessoal e patrimonial de seus integrantes, originários do elo de confiança inerente a qualquer vínculo.⁶¹

O que se fixa pelo que já foi dito, é a configuração da relação obrigacional vista como processo, contendo, além dos deveres principais, os acessórios e os laterais, superando a simples união de seus elementos individuais e levando à percepção de que os conceitos atuantes no campo obrigacional, muito embora tendentes à concretização do equilíbrio nas relações dali surgidas, tornam complexa a análise do adimplemento.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil:** do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). v. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 96.

⁶¹ SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

Por tal razão, a literatura jurídica aponta como premente a necessidade de “descer do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto”⁶², realizando-se uma análise visceral da relação obrigacional, que tome em valoração a concretude das circunstâncias do desenvolvimento da relação.

Seguindo esta linha, importante consignar o estímulo de Judith Martins-Costa a uma visão diferenciada da relação obrigacional, sob o aspecto funcional:

A classificação tradicional que se faz no Direito das Obrigações é aquela que vê a relação obrigacional do ponto de vista externo, examinando os seus “elementos” – os sujeitos, o objeto, as garantias etc. O Código propõe um outro viés, um outro olhar. Isso nos leva a um leque de questões.

[...] qual a importância dogmática, isto é, a relevância na configuração na possibilidade de criação de novos institutos dogmáticos, como decorrências dessa estrutura.⁶³

Em seguida, respondendo à indagação, a autora aponta que a “principal consequência [do outro viés] é o alargamento da noção de adimplemento e, conseqüentemente, o alargamento da noção de inadimplemento”.⁶⁴

Muito embora se admita a impossibilidade de uma verificação pré-fixada da configuração do adimplemento ou inadimplemento, tudo em virtude da multiplicidade de relações obrigacionais que podem se configurar⁶⁵, é certo que alguns critérios precisam ser analisados para tanto. Para a identificação de quais seriam tais critérios e se estariam sendo observados pelos tribunais no Brasil se faz necessária, antes, uma incursão pelo inadimplemento e conceitos a ele ligados.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). v. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 95-113, fev./jun. 2002. Edição especial, parte 1. p. 97.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 95-113, fev./jun. 2002. Edição especial, parte 1. p. 98.

⁶⁵ “[...] não é uniforme o tecido das relações sociais, não se apresentando a sociedade como uma harmônica sinfonia de vozes promanadas por um abstrato sujeito de direito: hoje, à metáfora da sinfonia, substitui-se a da polifonia, por vezes mesmo da cacofonia. Se na Codificação oitocentista a ficção da igualdade era o suporte ideológico dos próprios atributos das regras codificadas, quais sejam, a sua generalidade e abstração [...] hoje em dia essa ficção não mais remanesce nas normas agora codificadas, polarizadas que estão pela *diretriz da concretude*, que significa a observância da ‘ética da situação’. Por isso o apelo, tantas vezes feito na nova Lei Civil, inclusive em tema de adimplemento e inadimplemento, a conceitos flexíveis ou ‘fórmulas ordenadoras’, ou expressões dotadas de vagueza socialmente típica (algumas delas constituindo mesmo cláusulas gerais) que levam à concretude [...]” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). v. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10-11).

1.5 Inadimplemento: a patologia na relação obrigacional

A *contrario sensu* do estabelecido para o adimplemento, o inadimplemento pode ser caracterizado, de modo amplo, como o descumprimento, ou cumprimento de forma incompleta, do que se impõe em razão daquilo disposto pela relação jurídica obrigacional. Nas palavras de Pontes de Miranda:

O inadimplemento consiste, de ordinário, em tomar o devedor impossível a prestação, ou em deixar, simplesmente, de prestar. Não se exaure, com isso, o conceito de ilícito relativo; porque o devedor pode violar o negócio jurídico sem tomar impossível a prestação, ou sem deixar de prestar, sendo possível (e. g.: o devedor remete a coisa defeituosa, ou animal doente, cuja doença se contagia ao rebanho; o mandatário afasta-se das instruções recebidas).⁶⁶

Há, no inadimplemento, uma quebra no dever jurídico de dar, fazer ou se abster de fazer algo. É figura que deve ser vista como excepcional, pois configurada quando da ocorrência de um desvio no *iter* obrigacional que deve ser almejado.

Sua verificação deve se dar por critérios objetivos, tomando-se em referência aquilo que se tracejou quando da formação do vínculo obrigacional. É o que ensina Antunes Varela ao dizer que o não cumprimento é “a *situação objetiva de não realização da prestação debitória*, e de insatisfação do interesse do credor, independente da causa de onde a falta procede”⁶⁷.

Tal definição é acertada na medida em que elenca o inadimplemento como uma situação objetiva, resultante de uma conduta, remetendo, ainda ao interesse do credor, pontos essenciais ao presente estudo, que terão tratamento oportuno mais adiante.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade, presente no campo da responsabilidade civil, do inadimplemento do dever geral de não causar dano⁶⁸, sobre o qual Paulo Lôbo ensina o que segue:

O inadimplemento também existe por infração a dever absoluto de não causar dano, campo da responsabilidade civil. O Código Civil

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 316.

⁶⁷ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. v. 2, 2. ed. Coimbra, Almedina, 1976. p. 59.

⁶⁸ Embora o campo para análise do inadimplemento do dever absoluto de não causar dano seja vasto, por opção metodológica, não será objeto de estudo específico no presente trabalho.

estabelece que, nas obrigações decorrentes de fato ilícito (fato ilícito em sentido estrito, ato-fato ilícito e ato ilícito), ou mesmo de fato lícito (p. ex., a responsabilidade de que se irradia de dano da atividade empresarial lícita, pelo simples fato de pôr em circulação produtos, como previsto no artigo 941 do Código Civil), considera-se em mora o devedor desde o momento em que o fato ocorreu; é inadimplemento do dever absoluto de não causar dano, no sentido de ser oponível a todos os que estão sujeitos ao direito brasileiro.⁶⁹

De tudo que foi dito e mais uma vez evidenciando o desenvolvimento da obrigação como um processo, abre-se a possibilidade de cumprimento de todos, quase todos, alguns, quase nenhum ou nenhum dos deveres surgidos da relação. Assim, o inadimplemento comporta gradação. A divisão comumente apontada na literatura é a de inadimplemento absoluto ou definitivo, mora⁷⁰, havendo, por parte de alguns autores⁷¹, apontamento sobre a violação positiva do contrato.

1.5.1 Inadimplemento absoluto, mora e violação positiva do contrato

Muito embora não estabeleça definição para o inadimplemento, limitando-se a elencar possíveis efeitos, o Código Civil de 2002 apresenta as bases legais para levar a feito as distinções entre as espécies de inadimplemento.

Para a hipótese da inexecução de expressão tal que impeça ao credor a satisfação do interesse inserido na relação obrigacional, lhe é permitido recusar a prestação e exigir o pagamento de perdas e danos, conforme a dicção do artigo 395, parágrafo único:

Art. 395. [...].

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231.

⁷⁰ Por opção metodológica, adotaremos o termo “mora” em detrimento de “inadimplemento relativo”, conforme proposto por Jorge Cesa Ferreira da Silva: “Alguns autores referem-se à mora como ‘inadimplemento relativo’. Ainda que essa classificação seja correta se considerados *apenas* os interesses na prestação, ela deve ser evitada. Ocorre que uma tal denominação dá a impressão de que o campo do descumprimento obrigacional seria totalmente absorvido por essas duas hipóteses iniciais (‘inadimplemento = absoluto + relativo’), o que é falso. Ao lado delas, põe-se também a não-realização de interesses outros que não os da prestação (deveres laterais de conduta), hipótese coberta pela expressão ‘violação positiva do contrato.’” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 7) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 42).

⁷¹ Conferir: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

A mora, por sua vez, encontra indicativo de configuração no artigo 394, do mesmo diploma legal, correspondente ao artigo 955, do Código de 1916:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Como se percebe da leitura do dispositivo, a mora pressupõe a subsistência da possibilidade de cumprimento da prestação de modo que sejam satisfeitos os interesses subjacentes à celebração do contrato.

Com base nos dispositivos transcritos, a literatura jurídica estabelece a distinção em inadimplemento definitivo e mora.

O primeiro consiste no descumprimento ocorrido de modo a não mais permitir a satisfação dos interesses oriundos da relação obrigacional⁷². A adjetivação “definitiva” parece, portanto, mais adequada para qualificar o inadimplemento deste tipo.⁷³

A mora, por sua vez, se configura na inexecução passível de emenda, de purgação⁷⁴, por subsistir interesse ao credor.

Agostinho Alvim, discorrendo sobre o tema afirma o seguinte:

O inadimplemento, por parte do devedor, pode ser absoluto, ou, traduzir-se em simples mora: inadimplemento absoluto e inadimplemento-mora, subdividindo-se o primeiro deles em inadimplemento absoluto total ou parcial. Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber. [...] Haverá mora no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, entretanto, a possibilidade de cumprimento.⁷⁵

Pontes de Miranda aponta que o termo mora vem de “*memor*”. Segundo o

⁷² Trata-se de lição tradicional entre nós. Sobre o tema, conferir: ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 44-45.

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 2. ed. vol. 5, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 220-221.

⁷⁴ Artigo 401, do Código Civil de 2002.

⁷⁵ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 7.

autor a “memória está em causa, o termo, a condição e a interpelação lembram; o devedor obrigado, que deixa de adimplir, incorre em mora. De ordinário, a mora traça linha, no tempo, e durante o percurso consumam-se as suas consequências”.⁷⁶

Muito embora se configure a mora do devedor como violação do dever de prestar, supondo a chegada do termo estabelecido (*dies*) ou da interpelação (*interpellatio*) para tanto, juntamente a tal definição, que remete ao tempo do cumprimento, deve ser adicionada a verificação da forma e do lugar da prestação, como consignado no artigo 394, do Código Civil (artigo 955, do Código de 1916). A mora transborda, portanto, ao requisito meramente temporal.

Tratando-se de negócio jurídico fixo⁷⁷, por sua formatação típica, não se pode admitir a mora, pois já se consigna expressamente, em espécie de declaração de desinteresse antecipada, a impossibilidade do recebimento da prestação, se passado o dia em que se há de adimplir.

Pelo reconhecimento dos deveres secundários e laterais, estes devem também compor a análise do adimplemento, sendo relevantes, por consequência, para a verificação e qualificação da mora. Assim, Karl Larenz ensina:

El deudor no sólo está obligado simplemente a cumplir la prestación, sino que ha de realizarlo diligentemente [...]. Pero si la cumple de modo negligente y su descuido origina daños *adicionales* o suplementarios al acreedor (prescindiendo de que de esa forma quede o no plenamente satisfecho su interés en la prestación) el deudor responderá igualmente por ellos.⁷⁸

Nesse mesmo sentido, calcado no disposto no artigo 422, do atual Código Civil, é o Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça:

Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo CC, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Ainda na mesma linha, Giovanni Ettore, defende que a mora deve ser

⁷⁶ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 61.

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 268.

⁷⁸ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. t. 1. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 362.

estudada, “como instituto dinâmico, investigada de acordo com valores e padrões incorporados pelo Código Civil de 2002, especialmente a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a vedação ao abuso de direito”.⁷⁹

A distinção do inadimplemento absoluto para a mora e para a violação positiva do contrato está, pois, na possibilidade da prestação satisfazer o interesse daquele que por ela é prejudicado, levando em conta os direitos e deveres primários, secundários e laterais. Pontes de Miranda, comentando sobre a mora, traz o seguinte:

Se o que devia não adimpliu, de modo que o que tinha direito não recebeu, e êsse exigiu e não se lhe prestou, ou e aquele foi adimplir e viu recusada a prestação, ficam a meditar, a recordar, pelo tempo fora. O que não adimpliu ou o que recusou se põe em retardo, se atrasa, e êsse escorrer de tempo, essa demora, em que se pode prestar e não se presta, ou em se poder receber e não se recebe, é o tempo da mora; por abreviação, a mora. Mora do devedor (*mora debitoris*) é o retardo, a demora, contrária a direito, da prestação, por alguma causa imputável a êle. Mora do credor (*mora creditoris*, *mora accipiendi*) é o retardo no adimplemento pelo credor, porque o credor omite a cooperação indispensável. Não há mora sem demora; por isso mesmo, se a prestação não mais pode ser feita, não há mora: há impossibilitação da prestação.⁸⁰

Pelo que se transcreveu, percebe-se a mora como um efeito decorrente de fato, motivo pelo qual Pontes de Miranda critica a tentativa de acomodá-la, como fato, na teoria do fato jurídico⁸¹. Diz que desde “que não se prestou no momento em que se deveria prestar, inicia-se o estado de mora. A mora é estado”⁸²⁻⁸³, sendo pressupostos para sua constituição “(a) que exista e seja eficaz a obrigação (não só a dívida), e (b) que as circunstâncias, segundo a lei, sejam para que o devedor deva

⁷⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Mora, In: **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 577.

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 199.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p.206.

⁸² PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 213.

⁸³ “A mora não é fato jurídico; é efeito de fato jurídico. Desde que se compôs o suporte fático do art. 960, alínea 1.8, ou do art. 960, alínea 2.8, ou do art. 961, ou do art. 962, sem que a espécie do art. 963 pré-exclua a incidência de qualquer daquelas regras jurídicas, há o *fato jurídico do ilícito relativo*, ou *absoluto* (art. 962), com o início de *estado* contrário a direito, de que resultam a mora e as consequências da mora (mora-efeito, a produzir efeitos). O fato jurídico foi a violação da obrigação, ou a infração de dever por ato ilícito absoluto. Durante o *estado* contrário a direito (= durante a mora), pode o devedor prontificar-se à prestação, acrescida dos prejuízos decorrentes desde a mora até o dia da oblação (art. 959).” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 256-257).

adimplir”⁸⁴.

A mora, podendo ser imputada a ambos os polos da relação jurídica obrigacional, tem seus efeitos potenciais irradiando com igual alcance a credor e devedor.

A mora do credor, para Pontes, “é fato complexo, que entra no mundo jurídico e altera a relação jurídica. É atraso no adimplemento, por ter o credor omitido a cooperação, especialmente a recepção, indispensável à liberação do devedor”.⁸⁵

A mora do devedor, por sua vez, “resulta do não-adimplemento. Há violação de dever e de obrigação. O devedor havia de prestar, e não prestou no tempo, lugar e forma devidos”⁸⁶.

É de se dizer, ainda, que o inadimplemento ocorre, mais usualmente, por violação negativa da pretensão, entretanto, pode se configurar por violação positiva.

Sobre tais modalidades, assim se posicionou Pontes de Miranda:

A violação da relação jurídica por ato ilícito relativo não provém somente do não-adimplemento. Não cumprindo a obrigação "pelo modo" devido (art. 1.056), responde o devedor por perdas e danos. Há a violação negativa e a violação positiva: paga, porém mal, causando dano à pessoa, ou ao seu patrimônio, como se tem de pagar a quem vai viajar, ao cais, alta quantia, e o faz em notas de um ou dois cruzeiros, ou se paga à porta do banco A, como se estipulara, mas no momento exatamente em que se fechava a porta, ou se, tendo de pagar um milhão de cruzeiros, pretende que se recebam dólares, ainda que, facilmente, dêem aquele preço, ou mais. Aqui, nem está em exame a impossibilidade superveniente da prestação, nem o atraso em ser feita: o adimplemento foi defeituoso, ou, melhor, ruim, inclusive se, em se tratando de prestações sucessivas, quando o credor delas precisava, pelo negócio jurídico, ou pelo ato jurídico *stricto sensu*, "em globo", pôsto que "sucessivamente" (os alugueres para pagar juros de hipoteca do prédio), o devedor deixa de entregar uma delas; o devedor falha à permanência na cooperação e assim exclui a confiança, ou quebra a continuidade mesma do interesse (H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 2.^a ed., 50 s.). Pretendeu H. STAUB criar outra classe de violação, que seria aquela da comunicação do devedor, prévia, de que se recusa ao adimplemento (= comunicação de que não adimplira; portanto, comunicação de ato futuro). Contra isso argüiu-se: se o devedor, de antemão, manifesta a vontade (irrelevante!) de não adimplir, ou se exterioriza, ainda que

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 216.

⁸⁵ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 283.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 221.

comunique, o conhecimento do fato próprio negativo futuro (não adimplira), apenas põe em perigo, ou mostra ter pôsto em perigo a execução do que lhe incumbe; ainda não violou a relação jurídica, - ameaçou-a apenas.⁸⁷

Seja qual for o sujeito responsável pela mora ou pela violação positiva, é de se perquirir, ainda, sobre necessidade de presença da culpa para sua verificação. Pontes de Miranda afirma que os “glosadores não falaram de culpa, ao definirem mora [...]. Depois – desde o século XVII – foi que se preocuparam com ela”⁸⁸, ligando aos sentidos dados à culpa, no direito romano, as afirmações que a ligavam à mora⁸⁹.

Por vezes, no estudo em tais fontes, se confundia ilicitude e culpa, por outras, entrelaçava-se indevidamente conceitos sobre impossibilidade e mora, deixando de atentar à possibilidade da configuração da mora sem que o mesmo ocorresse com a culpa⁹⁰.

No sistema jurídico brasileiro, por força do artigo 397, caput e parágrafo único, do Código Civil, equivalente ao artigo 960, do Código anterior, a mora do devedor resulta da regra *dies interpellat pro homine* ou, não havendo termo estabelecido, da interpelação.

Se a culpa fosse um requisito essencial ao suporte fático da mora, não poderiam ser visualizadas situações de mora sem culpa, o que facilmente pode se verificar nas hipóteses de caso fortuito, força maior ou exercício de direito de retenção⁹¹.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 320.

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 206.

⁸⁹ “Cumprir notar-se que a expressão ‘culpa’ tem dois sentidos, no direito romano, o que concorreu para as afirmações que ligavam a mora à culpa.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 206).

⁹⁰ “As passagens das fontes do direito romano em que se apoiavam os sustentadores da teoria subjetiva da mora nada provam. Às vezes confundem ilicitude e culpa, outras vezes deixam de distinguir regras jurídicas sobre impossibilidade e regras jurídicas sobre mora. Em geral, não atendem a que o fato de haver mora com culpa não implica que não a haja sem culpa. [...] Só o fato de haver mora *ex re*, que não exige culpa do devedor [...], bastaria para que não se pudesse falar de culpa como elemento da mora.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 206-207).

⁹¹ “Mora é falta ao adimplemento, não só demora, ou retardo. Pode não haver mora e haver responsabilidade pela culpa (impossibilidade, deterioração). Pode haver mora e não haver qualquer culpa (e. g., todos os devedores ao devedor faliram, a fazenda de onde lhe viria o dinheiro para pagar as notas promissórias incendiou-se ou foi inundada). Pode haver mora que não pode ser purgada, porque só se poderia prestar no momento em que, *ex hypothesi*, não se prestou. [...] Não há mora se o devedor justificadamente exerce direito de exceção, e. g., direito de retenção. Ou se era de mister colaboração do credor, que a recusou ou deixou de dar oportunamente, ou se o credor tinha de vir

Pelo que se vê, a culpa é elemento externo à mora⁹², de modo que sua ocorrência se dissocia da intencionalidade daquele que lhe dá causa.

Tudo o que se disse sobre a desnecessidade de culpa para a configuração da mora, por ser aquela elemento estranho à boa-fé objetiva, se aplica, igualmente, à violação positiva do contrato⁹³.

Entretanto, especialmente nas situações que envolvem a impossibilidade objetiva, total ou parcial, de prestar⁹⁴⁻⁹⁵, a culpa não deixa de ter relevância em suas eventuais consequências para quando a mora ou a violação positiva já se encontre configurada⁹⁶. Entender o inadimplemento a partir de suas possíveis configurações se mostra de grande utilidade, na medida em que se pode, a partir de então, estabelecer a aplicabilidade de determinados efeitos a cada uma delas.

buscar a prestação e não veio, ou se no próprio negócio jurídico se permitiu que a prestação não se fizesse no dia marcado, sem pressuposto de circunstâncias ou não.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 212).

⁹² “O devedor, que deixa de adimplir, ou o faz porque não quer (aí há culpa, porém como elemento que pode estar ou não estar no suporte fático da mora), ou porque *não pode* (ai, não há culpa, mas pode haver mora). O próprio não querer, tratando-se de retardamento, pode ter justa causa, o que mais gritantemente evidencia que toda alusão à culpa é perturbadora da exposição.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 212).

⁹³ “Também a respeito da infração positiva do contrato, ou, em geral, de insatisfatoriedade do adimplemento, não há trazer-se à tona o problema da culpa (ANDREAS VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 461; H. SIBER, em G. PLANCK, *Kommenentar*, XI, 1, 249 s.). Quem recebeu a prestação e alega que o adimplemento não foi satisfatório, tem de provar o *defeito* (= insatisfatoriedade), os danos e a relação causal entre a violação positiva e o dano. Não tem de provar culpa, pôsto que o devedor possa provar que, ainda que o adimplemento houvesse sido satisfatório, o dano teria ocorrido (analogia com o art. 957, *in fine*, do Código Civil).” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 248).

⁹⁴ “A propósito da impossibilidade e da mora, é preciso que se preste a máxima atenção. A impossibilidade é tratada pelo sistema jurídico segundo as atitudes possíveis por parte do devedor. A mora só diz respeito à inexecução da dívida. Quem incorre em mora falhou ao inadimplemento. Se a impossibilidade ocorrer (e a impossibilidade é que se regula conforme as atitudes do devedor, e. g., culpa, dolo, nem dolo nem culpa), não há pensar-se em mora, que supõe ser possível o adimplemento ao tempo e no lugar em que se há de adimplir. Aí é que está toda a dificuldade de precisões conceptuais em que tropeçam todos os que, em vez de prestar atenção aos suportes fáticos da impossibilitação e do inadimplemento, se põem a ver elementos ocasionais, mas, sempre, simples elementos do suporte tático da impossibilitação, isto é, da impossibilidade superveniente ao nascimento da dívida mas anterior à inexecução.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 139).

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 185-191.

⁹⁶ O credor, ao chegar o momento em que o devedor deixa de adimplir, não sabe (ou pode não saber) porque não houve o adimplemento: ou houve simples mora, ou falta por alguma causa de impossibilitação. As consequências é que dependem da culpa, ou do caso ou força maior, não a mora em si. A mora é apenas a falta ao adimplemento, a impontualidade no tempo. Desde que não se prestou no momento em que se devia prestar, inicia-se o estado de mora. A mora é estado. No direito brasileiro, a prática do ato ilícito, ou ato-fato ilícito, ou a ocorrência do fato ilícito *stricto sensu* é simultânea ao início do estado de mora (art. 962).” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 213).

Para o presente trabalho, entretanto, as decorrências do inadimplemento absoluto não têm o mesmo relevo das advindas da mora⁹⁷ e da violação positiva do contrato, motivo pelo qual se passa a analisá-las.

1.5.2 As consequências da mora e da violação positiva do contrato

A partir da configuração da mora, passam a irradiar, para o devedor ou credor, conforme o caso, uma gama de efeitos, que alteram a relação jurídica obrigacional⁹⁸.

A mora por parte do credor tem como pressupostos apontados por Paulo Lôbo, baseando-se em Pontes de Miranda⁹⁹, os seguintes:

- a) que o devedor possa prestar (não basta a intenção), ou seja, que a prestação seja exigível;
- b) que o devedor pratique os atos necessários para prestar no lugar, tempo e forma devidos, fazendo oferecimento efetivo das prestações (oblação), exigindo a cooperação do credor;
- c) que haja recusa do credor, ou que este tenha impedido o adimplemento, ou que tenha omitido a cooperação necessária.¹⁰⁰

Pontes de Miranda, em passagem específica sobre o tema, apresenta como pressupostos da mora do credor a enumeração¹⁰¹, a permissão de prestar, a

⁹⁷ “O estudo da inexecução das obrigações abrange não somente o inadimplemento absoluto, como ainda, e principalmente, a mora. Dizemos principalmente, porque o inadimplemento absoluto da obrigação é assunto menos importante e dificultoso do que a mora.” (ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 1).

⁹⁸ “A mora altera a relação jurídica obrigacional. A mora ainda não é a resolução ou a rescisão, ou a indenização, ou outra das suas consequências. Daí dever-se tratar da mora na parte do direito das obrigações em que se analisam as alterações das relações jurídicas obrigacionais.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 185-191).

⁹⁹ “Para que a *mora creditoris* se dê, é preciso que: a) ao que presta seja permitido prestar e possa prestar, porque, se não lhe é permitido, ou ainda não no é, ou não pode prestar no momento de o ter de fazer, não se há de pensar em omissão do credor (e. g., estabeleceu-se que só se prestaria no dia certo e nunca antecipadamente, ou que o negócio seria a data fixa, *Fixgeschäft*, como a passagem pelo avião das 8 horas, no dia 5; ou ocorreu impossibilidade da prestação); b) que tenha havido o ato, positivo ou negativo, de prestar, ou de preparação para isso até o ponto em que só seria preciso o ato do credor, e tal apresentação da prestação tenha sido no tempo devido, no lugar devido e conforme o conteúdo da dívida, e tenha praticado o ato quem o podia praticar para solver; c) que do lado do credor tenha havido ato ou omissão que impediu o adimplemento.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 288).

¹⁰⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241.

¹⁰¹ “Para que haja mora, é preciso: a) que ao devedor (ou ao terceiro, segundo o art. 930 e parágrafo único do Código Civil) seja permitido prestar e o possa; b) que inicie o ato de adimplemento, de jeito que o inadimplemento seja imputável ao credor (ainda que culpa não tenha esse, porque a culpa é

oblação¹⁰² (real ou verbal)¹⁰³, a falta de cooperação e a natureza do ato, negativo ou positivo, do credor¹⁰⁴.

Se configurando esta face da mora, surgem ao devedor algumas vantagens legais, a seguir elencadas:

- a) libera o devedor de toda a responsabilidade a respeito do objeto da prestação, em geral;
 - b) isenta o devedor da responsabilidade pela conservação da coisa que deve entregar ou restituir ao credor; os riscos, inclusive de seu perecimento, passam para o credor;
 - c) obriga o credor a ressarcir ao devedor as despesas efetuadas com a conservação da coisa após o início da mora; enquanto não for ressarcido, o devedor tem o direito de retenção sobre a coisa;
 - d) sujeita o credor a receber a coisa, no valor mais favorável ao devedor, se tiver havido variação após o início da mora;
 - e) interrompe a fluência dos juros, inclusive compensatórios, ou penas convencionais, exceto a atualização monetária, que continua exigível (STJ, REsp 437652);
 - f) impede o credor de valer-se da exceção do contrato não cumprido, sob alegação de que o devedor não cumpriu sua prestação.
- As consequências podem ser resumidas em uma regra geral: havendo mora do credor, o devedor somente responde por dolo.¹⁰⁵

Mais uma vez valendo-se do ensinamento de Pontes de Miranda, é de se consignar que a mora do credor tem, em potencial, o efeito de atenuar a

estranha aos pressupostos da mora do credor); c) que o credor não haja recebido (= haja recusado), ou haja omitido ato positivo ou negativo de cooperação indispensável a que se desse o adimplemento.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 294).

¹⁰² “A oblação é a apresentação ou a prática de algum ato que seja início de adimplemento, ou simples comunicação, se, *in casu*, basta (oblação verbal, mímica, ou por sinal). A oblação há de ser conforme o conteúdo, tempo e lugar da prestação. Há de ser feita pelo próprio devedor, ou por pessoa a que se permita fazer, e dirigir-se ao credor ou a pessoa a que se possa eficazmente pagar.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 297).

¹⁰³ “Discute-se se a oblação há de ser *real* (Realoblation), ou se há de ser verbal. Se a oblação tem de ser real, precisa o devedor faticamente já ter iniciado a entrega. Se há de ser verbal, tem o devedor de comunicar que está pronto a prestar e em verdade já vai prestar [...]. Não há solução a *priori*. Depende da natureza da dívida, das circunstâncias, da interpretação do negócio jurídico e da lei [...]. Para Paul Hirsch (*Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge*, 207), a regra, é ser de exigir-se a oblação verbal, por só ser necessária a oblação real nas obrigações de ir levar, onde levar e prestar são inseparáveis.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 299).

¹⁰⁴ “O credor há de ter faltado à cooperação indispensável ao adimplemento, quer por omissão de ato, ou prática de ato, ou por ter-se recusado a receber. Receber sem ser como cumprimento não é receber pré-excludente da *mora creditaria*.

Se o devedor que tem de prestar simultaneamente à contraprestação inicia o adimplemento e exige a contraprestação, o credor incorre em mora de receber, se, ainda que esteja disposto a receber, não faz oblação da contraprestação.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 301).

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 242.

responsabilidade do devedor, atribuindo os riscos ao credor, dando àquele a possibilidade de liberar-se definitivamente, surgindo ainda a pretensão, para o devedor, de restituição dos gastos que tenham sido indispensáveis, sejam em razão da oblação ou da guarda¹⁰⁶.

Em relação à mora do devedor, há um espectro maior de nuances que merecem atenção.

Apresenta-se como primeira consequência a responsabilização por todos os prejuízos causados ao outro lado da relação em razão do cumprimento inexato, incluídos aí “juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”, conforme o disposto no artigo 395, do Código Civil.

Nas palavras de Pontes de Miranda, mencionando o artigo 957, do Código de 1916:

Depois da mora, ainda nas espécies em que só há inadimplemento ou adimplemento ruim com o ato do devedor, as consequências da mora são segundo o art. 957 do Código Civil. Tudo que acontece lhe é imputável, devido ao estado de mora que se criou.

O devedor que incorreu em mora e envia, com atraso, a mercadoria, assume o risco dos acidentes, inclusive ferroviários, marítimos e aeronáuticos. Sòmente se forra à responsabilidade se alega e prova que o dano ocorreria ainda que a prestação tivesse sido cumprida oportunamente [...].¹⁰⁷

Há, em seguida, por força do artigo 399, do Código Civil de 2002, a perpetuação da obrigação, que faz aquele em mora responsável pela impossibilidade da prestação, mesmo que resultante de caso fortuito ou de força maior, se estes vierem a ocorrer durante o atraso, exceto se provar isenção de culpa¹⁰⁸ ou que o dano ocorreria independentemente do adimplemento oportuno.

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 310.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 263.

¹⁰⁸ A expressão “isenção de culpa” parece falha quando inserta em um dispositivo que trata de mora, pois tecnicamente, provada a isenção de culpa não se constituirá mora. Neste sentido, conferir Pontes de Miranda: “Com a mora, o devedor tem de responder pela guarda e conservação da prestação mais estritamente do que responderia, se não tivesse havido. No Código Civil, art. 957, diz-se que ‘o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito, ou fôrça maior, se êstes ocorrerem durante o atraso; salvo isenção de culpa’, mas logo ressaltam a impropriedade da expressão e contradição que existiria em admitir impossibilidade resultante de caso fortuito ou fôrça maior com culpa e impossibilidade resultante de caso fortuito, ou força maior sem culpa. Ou a alusão à ‘isenção de culpa’ é aquela que

É de se ressaltar, também, que havendo mora, e se convertendo em impossibilidade da prestação satisfazer o interesse do credor (inadimplemento definitivo, portanto), o “sistema jurídico pré-elimina a constituição em mora. Os juros moratórios começam de fluir desde que se infringe alguma das cláusulas sobre lugar, tempo, forma e qualidade do pagamento”¹⁰⁹.

Por isso é que tais previsões, muito embora semelhantes às do artigo 389, do mesmo Código, com elas não se confundem, já que a hipótese elencada neste é para o inadimplemento definitivo¹¹⁰.

Voltando-se mais uma vez aos deveres acessórios e laterais, pode se afirmar que a previsão do artigo 389 aplica-se inteiramente a eles. Se, no caso concreto, não forem prejudiciais à realização da prestação principal, mas ainda assim restarem descumpridos, subsiste pretensão a ser satisfeita em relação a eles.

E, sendo oferecida a prestação após a configuração da mora, aquele a quem é devida pode aceitá-la, independente de ressalvas, sem que isso configure renúncia das pretensões indenizatórias dali surgidas.

Pode ocorrer, ademais, situação na qual a mora se dá somente em relação à parte da prestação. Neste caso, o credor pode, alternativamente, exercer sua pretensão em relação ao restante da prestação, mais as perdas e danos respectivos, ou em relação ao todo, se não tiver interesse no que fora prestado e na execução do restante, devendo restituir o que eventualmente recebeu, ou, ainda, na resolução ou resilição, tratando-se de contrato bilateral¹¹¹.

Existe, por fim, consequência de suma importância para o presente estudo. Nos contratos em que haja reciprocidade de prestações, a mora dá azo, em tese, à

se enuncia em seguida (‘dano [que] sobreviria, ainda quando a obrigação fôsse oportunamente desempenhada’), ou foi lapso do legislador, que pôs a expressão ‘culpa’ em lugar de ‘ligação causal’.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 264-265).

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 263-264.

¹¹⁰ “À diferença da indenização pela mora, que é *junto* à prestação, adicionada a ela, a indenização por inadimplemento, que é *em lugar*, da prestação, substitui a prestação, faz-lhe as vezes. Por isso, a técnica legislativa teve de separar as duas regras jurídicas: a do art. 956 (perdas pela mora) e a do art. 956, parágrafo único, que concerne à indenização pelo inadimplemento. Essa indenização *somente* cabe se a prestação se tornou inútil ao credor (= o credor não mais tem interesse na execução). É, pois, elemento do suporte fático, ter desaparecido o interesse do credor no adimplemento tardio. Sem essa ‘inutilidade’ sem essa desaparecimento de interesse, o art. 956, parágrafo único, não incide; portanto, não pode o credor enjeitar a prestação e exigir, em vez dela, a satisfação de perdas e danos.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 272-273).

¹¹¹ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 269-270.

aplicação judicial da cláusula resolutiva legal, conforme disposto no artigo 475, do atual Código Civil:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Diz-se “em tese”, tendo em vista a teoria do adimplemento substancial, pela qual, uma vez configurado adimplemento desta qualidade, fica impedida a operação da resolução da relação jurídica contratual, quando se obtiver a satisfação, em determinada medida, do interesse¹¹², remetendo-se a outros meios de satisfação.

Afinal, se a mora, em determinadas hipóteses, comporta purgação e, assim, permite que o interesse útil do lesado por ela seja satisfeito, embora tardiamente, não se pode tomar como primeira opção a resolução.

É de se destacar, por oportuna, diferença havida entre a disposição respectiva no Código anteriormente vigente e o atual.

O parágrafo único, do artigo 1.092, do Código de 1926, assim dispunha:

Art. 1.092. [...]

Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

Estava presente o termo “requerer”, que no atual Código se fez substituir por “pedir”. “Pedir” não tem como sinônimo “exigir”, como pode ocorrer com “requerer”. Pontes de Miranda, comentando a pretensão à resolução do contrato bilateral surgida em razão da mora¹¹³, já aponta para a diferença entre os termos:

O Código Civil, art. 1.092, parágrafo único, absteve-se de falar em condição; e deu ao credor a pretensão à resolução do contrato. “Requerer” está, no art. 1.092, parágrafo único, em vez de “pedir ao

¹¹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Código Civil**: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 4, t. 2; e ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 124-132.

¹¹³ “Pouco afeitos ao trato das condições tacitamente inexas, alguns juristas pensaram no art. 1.092, parágrafo único (resolução ou rescisão por inadimplemento), onde de modo nenhum se trata de condição: a condição geraria direito expectativo a favor daquele que não tivesse o direito atual, ao passo que, no que se refere ao art. 1.092, parágrafo único, o direito do contraente, nos contratos bilaterais, nasce do inadimplemento da prestação e é direito formativo gerador, que se exerce por ação e nada tem com a interpelação do art. 119, parágrafo único.” (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013. p. 210).

juiz”, “demandar judicialmente pela resolução” [...]. Trata-se de exercício de direito formativo-extintivo [...].¹¹⁴

No código anteriormente vigente, havia interpretação razoável, partindo do termo “requerer” que levasse à imposição, por parte do lesado pela mora, da resolução da relação jurídica obrigacional. Na atual redação, entretanto, não parece subsistir tal interpretação, levando à necessária avaliação dos fatores que contornam a relação jurídica afetada pela mora.

Mesmo cientes das eventuais consequências da mora, parece certo que a observação de sê-la aquele cumprimento insuficiente, mas não definitivo, por ainda permitir emenda, desde que satisfaça o interesse da parte lesada, merece aprofundamento na análise. E isso se deve à relevância de se estabelecer, tanto quanto possível, critérios objetivos para a sua verificação, especialmente quando da necessidade de aplicação de institutos correlatos ou dependentes dela.

Pelo que foi dito, é sobre o instituto do adimplemento substancial que serão traçadas as próximas linhas.

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 266.

2 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Pode se considerar substancial aquele adimplemento que, mesmo incompleto, é próximo do desejado, de maneira que não lhe são aplicadas, necessariamente, todas as consequências que podem advir da mora. É, assim, tão significativo, que permite dizer ter havido o cumprimento quase integral das obrigações contratualmente assumidas.

Tal conceito certamente necessita de aprofundamento na análise de seus elementos, especialmente para investigar a quais tipos de deveres (principais, acessórios e laterais) se aplica, verificando, ainda, eventual pertinência quanto aos critérios valorativos quando de sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro.

Tendo em conta a teoria ter origem em ordenamento jurídico de *common law*, necessária rápida passagem sobre seu surgimento, com o cotejo da presença e forma atual em outros ordenamentos, para a identificação de elementos que possam embasar sua aplicação no direito brasileiro. Os critérios para a valoração da substancialidade do adimplemento, em cada um dos ordenamentos a seguir abordados, serão objeto de análise no capítulo seguinte.

2.1 Antecedentes e reconhecimento atual no direito estrangeiro e supranacional.

A teoria do adimplemento substancial é oriunda do sistema da *common law*, estruturando-se, pois, sobre decisões e precedentes judiciais. Particularmente quando ao motivo de surgimento da teoria, podemos identificá-la na tentativa de encontrar uma alternativa para que o contrato não fosse sacrificado pela resolução quando o fim principal do programa contratual tivesse sido atingido de forma substancial, mesmo que não cumprido totalmente.

Muito embora a literatura estrangeira remeta ao caso *Kingston versus Preston*, julgado em 1774, como a mais antiga forma de aplicação da teoria da *substantial performance*¹¹⁵, analisando-o, percebe-se que naquele caso não se aplicou a teoria em si, mas foram estabelecidos importantes parâmetros¹¹⁶ que

¹¹⁵ BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance: conditions and conditions precedent. **The Modern Law Review**, v. 38, n. 4, p. 413-428, jul. 1975, p. 415-416.

¹¹⁶ Preston era um comerciante de seda, Kingston, seu aprendiz. No acordo entre eles, Preston concordou em se aposentar depois de 15 meses, vendendo o negócio para Kingston. Kingston deveria pagar pelo negócio em parcelas mensais e fornecer garantia para o caso de incumprimento, o

permitiram, cinco anos após, no caso *Boone versus Eyre*, julgado em 1779 na Inglaterra, sua aplicação, por juízo de equidade¹¹⁷. Ao último é que se atribui, com maior razão, a primeira aplicação do que culminou na atual teoria do adimplemento substancial.¹¹⁸

No caso, Boone demandou contra Eyre em virtude de atraso, por parte deste, de determinado pagamento estipulado contratualmente.

Pela relação jurídica estabelecida, Boone transferiria a propriedade de uma plantação e dos escravos nela presentes a Eyre, em troca de um pagamento inicial, sendo devida, ainda, determinada renda anual. Deveria, também, ser garantido o domínio e posse pacíficos durante todo o período em que Eyre fosse proprietário daquela plantação.

Eyre, alegando descumprimento por parte de Boone em razão da fuga dos escravos do local, atrasou o pagamento da renda anual que lhe incumbia. Boone, então, cobra judicialmente o que acha devido.

O pedido de Boone foi julgado procedente, sob o fundamento de que as obrigações dependentes não teriam sido descumpridas pela fuga dos escravos, já que esta não se inseria nas “cláusulas essenciais ligadas às obrigações recíprocas e correspectivas do contrato, cujo cumprimento era imprescindível”¹¹⁹.

É importante fazer uma distinção entre “*conditions*” e “*warranties*” do direito

que ele não fez. Ao fim, Preston se recusou a transmitir o negócio para Kingston, justificando que este não teria fornecido a garantia prevista no contrato. Kingston afirmou que as duas obrigações, a sua, de oferecer garantia e a de Preston, de transmitir o negócio, seriam independentes. A corte, a partir disto, identificou três tipos de obrigações surgidas do contrato. As independentes, dependentes e mutuamente dependentes. Nas primeiras, a execução (*performance*) pelas partes independe da execução da contraparte e este era o argumento de Kingston em relação à ausência de garantia. Nas segundas, o cumprimento de uma das partes é uma condição prévia para o da outra. Quanto as terceiras, o cumprimento por uma parte, além de dependente do da outra, deve ocorrer simultaneamente. No caso, o tribunal considerou que a obrigação de Kingston, de oferecer garantia aos pagamentos para Preston, foi uma condição implícita precedente ao desempenho de Preston de transmitir o negócio. Como Kingston falhou em oferecer a garantia, a condição não foi cumprida, e Preston não tinha a obrigação de transmitir a empresa. (BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance: conditions and conditions precedent. **The Modern Law Review**, v. 38, n. 4, jul. 1975, p. 413-428).

¹¹⁷ “[...] construída na Inglaterra, no século, XVIII, quando as Cortes de Equity perceberam as injustiças que um formalismo estrito ou um apego exagerado ao dogma da absolutização dos direitos poderiam provocar.” (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 60).

¹¹⁸ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993; SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010 e BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

¹¹⁹ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

inglês, para melhor visualizar o caso apresentado.

Conditions são cláusulas essenciais do contrato, ligadas às obrigações dependentes, que embasam a *consideration*, um “liame das obrigações recíprocas existentes em um contrato, pela qual o devedor obrigar-se-á a realizar determinada prestação sob a proposta concreta de que o credor irá retribuir, de alguma forma”¹²⁰, não podendo deixar de ser cumpridas. Anelise Becker aponta a *consideration* como a contrapartida que estabelece a reciprocidade na relação obrigacional¹²¹. Seriam, em uma análise inicial, aquelas relacionadas aos direitos e deveres primários, já abordados no capítulo anterior.

As *warranties*, por sua vez, seriam obrigações independentes e “escapariam à reciprocidade contratual, de vez que acessórias, secundários”¹²², estando “em uma segunda ordem de importância e seu descumprimento, portanto, não afeta o equilíbrio contratual (*consideration*)”¹²³.

Além de sua configuração pela relevância vista no pacto em si, os integrantes da relação poderiam evidenciar, no instrumento contratual, o que configuraria uma *condition*, e isto, em nome da autonomia da vontade, seria tomado como absoluto pelos julgadores¹²⁴.

Analisando o julgamento em questão, Vivien Lys Porto menciona:

[...] o referido julgador demonstra que quando há duas obrigações recíprocas direcionadas à totalidade da *consideration* de ambas as partes, elas são obrigações principais correspectivas, sendo que uma não subsiste sem a outra. Mas se elas constituem-se apenas uma parte da prestação principal (obrigações independentes), o

¹²⁰ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

¹²¹ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 61-62.

¹²² BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 61.

¹²³ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 62.

¹²⁴ “Distinguiam-se, então, *conditions* e *warranties* a partir de dois critérios: o primeiro, baseado na vontade das partes, que poderiam estabelecer o que eram *conditions* e o que deveria ser considerado *warranties*; o segundo, em que se tomava em conta a relevância do pacto considerado em si mesmo. Assim, seriam *conditions* os deveres que, uma vez descumpridos, afetassem diretamente a economia do contrato. Aqueles deveres que são tão essenciais que seu descumprimento acarreta o descumprimento do contrato em sua totalidade, de forma que poderá a outra parte buscar a resolução do contrato.” (BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40).

inadimplemento pode ensejar o pagamento de perdas e danos, em razão do direito que a parte adimplente possui com base no contrato celebrado, e não deve demandar pela resolução como se fosse o descumprimento de uma obrigação principal¹²⁵

A solução dada para o caso foi considerar o descumprimento de Boone como ocorrido em relação a uma obrigação independente (*warranty*), julgando procedente o pedido de cobrança deste, condicionando-o, entretanto, ao pagamento de perdas e danos a Eyre.

A formatação inicial da teoria do adimplemento substancial se deu, portanto, de modo que somente o inadimplemento das *conditions*, ou seja, da parte da prestação referente aos direitos e deveres primários, autorizaria a resolução.

Não obstante ter sido originada no sistema inglês, inicialmente dentro dos moldes apresentados, a teoria do adimplemento substancial encontrou, com algumas diferenças, aceitação em outros ordenamentos jurídicos, bem como aprimoramento no próprio ordenamento inglês.

2.1.1 Ordenamentos de *commow law*

Ainda no país de seu surgimento, em virtude da crescente complexidade nas relações obrigacionais, tornou-se tarefa cada vez mais árdua identificar a importância de determinado dever, a ponto de se poder considerá-lo *condition* ou *warranty*, de modo a fazer surgir, sem nenhum impedimento, o direito formativo extintivo por parte do lesado pelo inadimplemento. Ademais, conforme consigna Bussata, a distinção era artificiosa, “na medida em que não considerava a gravidade do descumprimento, podendo, com isso, ainda assim, haver palco para a injustiça”¹²⁶.

Por vezes, deveres que seriam tipicamente *warranties* mostravam-se, em determinados arranjos obrigacionais, tão ligados à obrigação principal, que seu inadimplemento seria, em uma análise objetiva, suficiente para justificar a violação insuperável.

A divisão de categorias proposta passou a representar um problema à

¹²⁵ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

¹²⁶ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

apreciação da ocorrência do adimplemento substancial, especialmente pela possibilidade que surgia da análise partir de uma premissa imutável que tal ou qual dever, abstratamente considerado, já consistiria em *condition* ou *warranty*. Nas palavras de Clemente Meoro:

La distinción entre *conditions* e *warranties* no tiene en cuenta que el incumplimiento de un pacto esencial puede dar lugar a consecuencias irrelevantes y que el incumplimiento de un pacto *a priori* no esencial puede producir graves consecuencias para el acreedor. Además, la creciente complejidad de las relaciones contractuales dificulta extraordinariamente la calificación de un pacto simplemente como *conditions* o *warranties*.¹²⁷

Para superar tal dificuldade, passou-se a adotar a “própria base da distinção, que tem caráter estritamente *objetivo*. Trata-se de verificar se o inadimplemento é ou não fundamental (*fundamental breach*)”¹²⁸. Com o deslocamento da análise para os elementos basilares da distinção, mesmo aquelas estipulações contratuais sobre o que consistiria em uma ou outra espécie de dever, poderiam ser afastadas pelo julgador¹²⁹.

Há, portanto, no atual direito anglo-saxão, subsidiariedade na resolução contratual¹³⁰, que só pode acontecer quando reconhecida a quebra fundamental do contrato. O ponto de partida na análise do pedido de resolução daquele que se sentiu lesado é a verificação de o que fora adimplido ser insuficiente ao ponto de se reconhecer a existência de quebra fundamental¹³¹. Se a quebra com tal qualidade

¹²⁷ MEORO, Mario E. Clemente. **La facultad de resolver los contratos por incumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 262.

¹²⁸ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 62.

¹²⁹ “Uma vez que o critério é objetivo, ele não mais estará vinculado tão estritamente às estipulações acerca do que seja ou não condition: verificará a relação de fato entre O adimplido e a totalidade da prestação, embora seja aconselhável, para tanto, além de aferir a seriedade das conseqüências que de fato resultaram do descumprimento, verificar, também, a importância que as partes ‘parecem dar’ à cláusula infringida.” (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 62).

¹³⁰ “When a person has expressly agreed to do *an entire work for a specific sum of money* his right to be paid that sum is conditional upon his having done the agreed work. But: [...] (iii) If the contract has been substantially performed, even though some small portion of the work has been badly done, he can claim remuneration, subject to a reduction in respect of the bad work.” (AUBREY L. Diamond; CORNISH, W.R.; GRABINER, A.S.; NOCK, R.S. **Sutton and Shannon on contracts**. Londres: Butterworths, 1970, p. 338.

¹³¹ “Começou-se a cogitar, então, da gravidade do incumprimento para efeitos de outorga da resolução, como forma de proteger a contraparte. 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

não for verificada, mantém-se o vínculo obrigacional, sendo aplicadas as consequências do adimplemento substancial¹³².

De maneira similar ocorre nos Estados Unidos da América, país que muito embora de *common law*, normatizou o regime jurídico dos contratos no *Uniform Commercial Code (UCC)*, o qual traz, na seção 1-304, que “cada contrato ou dever no Código Comercial Uniforme impõe uma obrigação de boa-fé em seu desempenho e cumprimento”.¹³³ No mesmo código, outras disposições mencionam a boa-fé, a exemplo do § 1-102 (3)¹³⁴ e § 1-302 (2)¹³⁵.

Ainda em relação aos Estados Unidos, Vivien Lys Porto consigna o seguinte:

A execução das obrigações correspectivas imposta no contrato pelo direito americano fica condicionada ao cumprimento das mesmas, segundo o padrão estabelecido pela boa-fé expressa por *standards*, representativos de normas de conduta relativas à execução previamente estabelecidas pelas partes, se houver interesse em determiná-las. É fato que os *standards* criados pelas partes estão dentro da norma cogente de boa-fé, sob pena de nulidade dos mesmos. Além disso, se as partes não estabelecerem que uma negligência grave constitui um *standard* passível de violação ao contrato, essa ação será considerada como fundamental para gerar o rompimento do vínculo contratual em razão dos padrões de conduta intrínsecos à boa-fé, cuja sanção da resolução será aplicada pelo magistrado, se necessário for.¹³⁶

Têm-se, pois, que naquele sistema legal o alcance do direito à resolução

considerar a execução, a fim de determinar se ela satisfazia em substância a totalidade das obrigações estipuladas, apesar de sua imperfeição.” (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 63).

¹³² “Assim, por exclusão, as hipóteses que não ventilam violação à obrigação fundamental ensejam a caracterização do adimplemento substancial (substancial performance) ao se verificar objetivamente a maior proporção da parte cumprida da prestação, a ausência de importância da obrigação descumprida e da pouca, quase nula, gravidade do inadimplemento.” (SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38).

¹³³ Tradução livre. No original: “Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.”

¹³⁴ Uniform Commercial Code, § 1-102 (3) The effect of provisions of this act may be varied by agreement, except as otherwise provided in this act and except that the obligations of good faith, diligence, reasonableness and care prescribed by this act may not be disclaimed by agreement but the parties may by agreement determine the standards by which the performance of such obligations is to be measured if such standards are not manifestly unreasonable.

¹³⁵ Uniform Commercial Code, § 1-302 (2) The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care prescribed by this act may not be disclaimed by agreement. The parties, by agreement, may determine the standards by which the performance of those obligations is to be measured if those standards are not manifestly unreasonable. Whenever this act requires an action to be taken within a reasonable time, a time that is not manifestly unreasonable may be fixed by agreement.

¹³⁶ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40-41.

pode encontrar óbice na valoração da qualidade do adimplemento, autorizando-se, caso a falta seja de pouca expressão, sem configurar quebra essencial (*fundamental breach*), a manutenção da relação, ao despeito do pedido do credor.

2.1.2 Ordenamentos de *civil law*

Na Itália, há dispositivo legal expresso¹³⁷, inserido no título II, do Livro Quatro, do Código Civil, atinente aos contratos em geral, que versa sobre a importância do inadimplemento. Pelo artigo 1.455, do Código Civil italiano, o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes é de *scarsa importanza*, tendo em conta o interesse da outra parte.

De modo geral, para a incidência da disposição legal italiana não há distinção entre obrigações principais ou secundárias, limitando-se a estabelecer o critério geral da escassa importância do inadimplemento, que “deve ser correspondente ao interesse que a certeza e a tempestividade do adimplemento teria para a outra parte”¹³⁸.

Da mesma forma, no direito alemão. O Código Civil Alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch*, apesar de não ter trazido, inicialmente, regra expressa sobre a valoração da gravidade do inadimplemento, passou a contar com o § 323 (5), dispondo, em sua parte final, que “se o devedor não cumprir sua obrigação em conformidade ao contrato, não caberá ao credor resolução contratual, quando a lesão obrigacional for insignificante”¹³⁹.

A redação original do parágrafo mencionado, no que importa, é a seguinte:

§ 323 (5) [...]. *Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

Na parte final do dispositivo, que define o adimplemento substancial no direito

¹³⁷ A redação original do artigo Art. 1455 é “Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.”

¹³⁸ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

¹³⁹ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

alemão, o termo *Pflichtverletzung* parece remeter mais à “violação do dever”¹⁴⁰ do que à, como traduziu Bussata, “lesão obrigacional”. Independentemente do que se adote, é de se notar que no direito germânico, além de previsão normativa expressa a manter o contrato em caso de descumprimento insignificante, também não se faz diferenciação acerca do tipo de dever (principal, acessório ou lateral) que venha a ser descumprido.

Em Portugal, o adimplemento substancial está expresso no artigo 802, n. 2, do Código Civil, a seguir transcrito:

Artigo 802.º (Impossibilidade parcial)

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.

A disposição apresentada se delineia da mesma forma que nos direitos italiano e alemão, tornando injustificável, impossibilitando, portanto, a resolução lastreada em ausência insignificante de parte da prestação que mantenha o interesse do credor, devendo este ser apreciado objetivamente, por meio da conjugação do artigo 793, nº 2¹⁴¹, com o artigo 808º, nº 2¹⁴², ambos do Código Civil Português.

Ainda no Código Civil luso, há, no artigo 934º, o estabelecimento de um critério valorativo para a aplicação da teoria em situação específica e que será objeto de considerações mais adiante, pelo qual a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do

¹⁴⁰ KOLLERT, Ana Maria Cortes. (Org). **Langenscheidt taschenwörterbuch**: portugiesish deutsch: von Lutz Hoepner. Berlin: Langenscheidt, 2001.

¹⁴¹ Artigo 793.º (Impossibilidade parcial)

1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada.
2. Porém, o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio.

¹⁴² Artigo 808.º (Perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento)

1. Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação.
2. A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente.

contrato.

Inicialmente também sem previsão vigente sobre o adimplemento substancial, a Argentina amparava a aplicação da teoria no princípio da boa-fé¹⁴³. Ricardo Lorenzetti, ainda que em comentários sobre os contratos de compra e venda internacionais, trata do princípio da conservação dos contratos, conforme segue:

La resolución es regulada como un remedio de excepción, ya que lo que se pretende es mantener en lo posible la vigencia del contrato. El mecanismo de conservación del contrato y el régimen de incentivos para ello es muy fuerte, ya que las partes pueden obtener modificaciones de las obligaciones, e indemnizaciones sin llegar a la ineficacia. [...]

*La resolución sólo se puede fundar en un incumplimiento que sea esencial, es decir, que cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.*¹⁴⁴

Há, como em outros ordenamentos, a necessidade de observância da boa-fé na celebração, interpretação e execução dos contratos, como se vê no artigo 1.198, do Código Civil argentino:

Art.1.198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

A manutenção da relação obrigacional frente ao descumprimento de importância mínima, na Argentina, se justificaria, portanto, na conjugação da boa-fé com o princípio da conservação dos contratos.

Recentemente, em 8 de outubro de 2014, foi promulgado o novo Código Civil e Comercial argentino, elaborado por uma comissão presidida pelo Professor Ricardo Luis Lorenzetti. Com vigência a partir do dia primeiro de agosto de 2015, o novo diploma legislativo introduziu, por meio do artigo 1.084¹⁴⁵, previsão expressa sobre a teoria do adimplemento substancial. Em tradução livre, diz o artigo que para

¹⁴³ MIQUEL, Juan Luis. Resolución de los contratos por incumplimiento. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 139-141.

¹⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. t. 1, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999, p. 442.

¹⁴⁵ ARTÍCULO 1084.- Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando: [...]

os fins da resolução, o inadimplemento deve ser essencial, tendo em conta a finalidade do contrato, além de estabelecer, em suas alíneas, algumas hipóteses, aparentemente não taxativas, nas quais se considera essencial o descumprimento e que serão objeto de análise mais adiante.

Existem ordenamentos que, muito embora reconheçam a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial, não possuem previsão expressa para tanto, sendo necessária uma construção interpretativa por meio da conjugação de determinadas disposições legais ou principiológicas.

Na França, é possível extrair a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial, inicialmente, da previsão do artigo 1.184, do Código Civil, que traz a possibilidade de rejeição do pedido de resolução (o qual deve ser dar necessariamente pela via judicial):

Article 1.184

La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances¹⁴⁶

Como se vê, em tal dispositivo reside unicamente uma possibilidade de purgação, de acordo com as circunstâncias. Entretanto, há ainda, a disposição do artigo 1.134:

Article 1.134

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Tradução livre: Artigo 1.184. A condição resolutória está sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos, no caso de uma das partes não cumprir sua obrigação.

Nesse caso, o contrato não será resolvido de pleno direito. A parte lesada pela não execução tem a escolha ou de forçar o outro à execução da convenção enquanto ainda seja possível, ou de demandar a resolução mais perdas e danos.

A resolução deve ser demandada em juízo e poderá ser concedida ao demandado uma prorrogação de acordo com as circunstâncias.

¹⁴⁷ Tradução livre: Artigo 1.134. As convenções legalmente formadas têm o mesmo valor que a lei em relação às partes que as fizeram.

A análise conjunta dos dois dispositivos – possibilidade de rejeição dos pedidos de resolução e a necessária observância da boa-fé – pode levar o julgador à mesma ideia contida na teoria do adimplemento substancial.

Da mesma forma, ocorre no direito espanhol. O direito à resolução consta do artigo 1.124, do Código Civil espanhol, com redação muito similar a do artigo 1.184, do Código Civil Francês:

Artículo 1.124

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.¹⁴⁸

Já as disposições sobre a boa-fé, são encontradas nos artigos, 7, nº 1 e 1.258, do Código Civil espanhol:

Artículo 7

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe

Artículo 1.258

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

É aplicável, portanto, a mesma utilização hermenêutica já comentada em relação ao direito francês, só cabendo resolução nos casos em que o descumprimento for substancial, desrespeitando a boa-fé.

Elas só podem ser revogadas pelo seu consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite. Elas devem ser executadas de boa-fé.

¹⁴⁸ Tradução livre: Artigo 1.124. A faculdade de resolver as obrigações se entende implícita nas recíprocas, para o caso em que um dos obrigados não cumprir o que lhe incumbe.

O prejudicado poderá escolher entre exigir o cumprimento ou a resolução da obrigação, com o ressarcimento de danos e pagamento de juros em ambos os casos. Também poderá pedir a resolução, se depois de haver optado pelo cumprimento, este se tornar impossível.

O Tribunal decretará a resolução reivindicada, se não houver causas justificadas que lhe autorizem estipular prazo.

2.1.3 Dispositivos e orientações de caráter supranacional

Além de dispositivos e interpretações internas, existem relevantes normas e proposições normativas de caráter supranacional, que apontam para a teoria do adimplemento substancial.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda de Mercadorias de Viena, apresenta, no artigo 51 (2), uma limitação à resolução do contrato, que remete ao conceito de violação fundamental:

Artigo 51

[...]

(2) O comprador apenas pode declarar a resolução do contrato na sua totalidade se a inexecução parcial ou a falta de conformidade constituir uma violação fundamental do contrato.

Pela Convenção de Viena, a resolução só pode ocorrer, portanto, em caso de violação fundamental (*fundamental breach*) do contrato, o que, a *contrario sensu*, significa dizer que havendo adimplemento substancial, fundamental, resta vedada a resolução. É o que defende Vivien Lys Porto, ao consignar que a “existência ou não de inadimplemento fundamental é o termômetro para determinar a manutenção ou a resolução do contrato dentro das relações subordinadas ao direito internacional”.¹⁴⁹

Ressalte-se que na Convenção de Viena a quebra fundamental não ocorre necessariamente do desatendimento à prestação principal. Ocorre quando a prestação tardia já for economicamente diversa daquela esperada.

Apesar da previsão, faltam critérios analíticos seguros a definir, aprioristicamente, quando se configura a quebra fundamental ou o adimplemento substancial.¹⁵⁰

Seguindo a busca, há, ainda, disposições úteis ao presente estudo nos Princípios acerca dos Contratos Comerciais Internacionais¹⁵¹, do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT. Veja-se seu artigo 7.1.5, (3) e (4):

¹⁴⁹ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos:** limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

¹⁵⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 11. pp. 55-66, 1996, p. 15.

¹⁵¹ Disponível em < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles.html> > Acesso em: 02.03.2014.

Article 7.1.5. (Additional period for performance)

(3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate.

(4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party."

Em tradução livre, o item (4) acima transcrito diz que o parágrafo (3), que trata da terminação do contrato, não se aplica quando a obrigação não realizada consistir em porção pouco significativa da obrigação contratual da parte inadimplente.

Como se vê, ao falar em "*the obligation which has not been performed*", é admitida a formatação da relação obrigacional como um conjunto de obrigações que vai além da prestação principal.

Na mesma fonte, pode se atribuir o reconhecimento do adimplemento substancial ao artigo 7.3.1 (1), que se refere ao direito de terminar o contrato:

Article 7.3.1

(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.

Pelo que se observa, o artigo estipula que pode ser resolvido o contrato no caso de descumprimento de uma obrigação decorrente do contrato que equivalha a uma inexecução essencial. O mesmo artigo 7.3.1 contém ainda o item (2), que traz parâmetros para a verificação da essencialidade da obrigação inadimplida, o que será objeto de análise no momento oportuno.

Ainda na esfera das normas e proposições normativas supranacionais, há de se dizer, por fim, que a Comissão do Direito Contratual Europeu publicou os Princípios do Direito Europeu dos Contratos¹⁵², contendo princípios em comum aos países da Comunidade Europeia sobre os aspectos da celebração, validade, interpretação e conteúdo dos contratos, bem como execução, descumprimento e

¹⁵² LANDO, Ole; BEALE, Hugh (Org.). **The Principles of European Contract Law Parts I and II**. Haia: Kluwer Law International, 2000.

formas de reparação. No artigo 9:301 da obra, se lê o seguinte:

Article 9:301: Right to Terminate the Contract

(1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.

Traduzindo-se livremente como a possibilidade de uma parte poder resolver o contrato se existir um descumprimento essencial da outra parte, é perceptível a semelhança com o artigo 7.3.1 (1), dos Princípios acerca dos Contratos Comerciais Internacionais, do UNIDROIT.

Do levantamento da legislação e das proposições normativas estrangeiras e supranacionais, percebe-se que a teoria do adimplemento substancial encontra largo espectro de aplicação, lastreada muitas vezes por conjugação de diversos dispositivos normativos, quando não por disposições expressas, sempre remetendo à boa-fé.

É de fácil verificação, portanto, a tendência de funcionalização dos direitos e deveres¹⁵³ surgidos nas relações obrigacionais, com a limitação do direito formativo extintivo do qual pode se valer, em regra, o lesado pelo inadimplemento, para resolver o contrato, tudo em razão da vedação ao abuso deste direito.

2.2 O adimplemento substancial no Brasil

O Código Civil de 1916, no artigo 1.092, parágrafo único, assim como o correspondente artigo 475, do atual Código, parece não ter apresentado qualquer tipo de óbice à resolução contratual.

Em uma análise inicial, estaria livre aquele prejudicado pelo inadimplemento para pedir a resolução, constituindo direito formativo extintivo por sua parte. Tratar-se-ia em uma primeira vista, de uma situação jurídica “na qual é atribuído ao seu titular o poder de promover a modificação unilateral da esfera patrimonial do sujeito passivo, independentemente do seu consentimento”¹⁵⁴. Agnelo Amorim Filho, sobre tais direitos, ensina:

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

¹⁵⁴ SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

Os direitos potestativos se exercitam e atuam, em princípio, mediante simples declaração de vontade de seu titular, independentemente de apelo às vias judiciais, e em qualquer hipótese sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição.

[...]

Finalmente, há uma terceira categoria de direitos potestativos que só podem ser exercidos por meio de ação. A ação, aqui, já não tem caráter simplesmente subsidiário, ou facultativo, mas obrigatório, como forma de exercício do direito¹⁵⁵

O direito potestativo à resolução do contrato estaria na terceira categoria apresentada por Agnelo Amorim Filho, pois a parte lesada pode pedir a resolução do contrato e não declará-la.

Diante de tais disposições legais, que não fazem expressa a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial, se poderia, em uma visão econômica meramente liberalista, ter sua aplicação como obstada, baseando-se na obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda*, bem como na imperatividade dos direitos potestativos.

Entretanto, é sabido que é permitida a aplicação de soluções obtidas por uma construção hermenêutica que não reflitam, necessariamente, a fria letra da lei. A partir da vigência do Código Civil de 2002, o reconhecimento da aplicabilidade do adimplemento substancial no Brasil foi facilitado.

Assim, é de se considerar a disposição do artigo 395, parágrafo único, do Código Civil de 2002, por trazer relevante elemento à análise do inadimplemento:

Art. 395. [...]

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Ao consignar que o credor da prestação em mora (podendo, portanto, ser o devedor da prestação principal) poderá enjeitá-la, é estabelecida uma condicionante para tanto¹⁵⁶: tornar-se lhe inútil. Se assim não for, não poderá enjeitá-la.¹⁵⁷

¹⁵⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n. 193, p. 30-49, jan./mar. 1961. p. 34.

¹⁵⁶ “Para a resolução, porém, não basta o simples incumprimento: é preciso trazer à baila o princípio consagrado no parágrafo único do art. 395: [...]. Quer dizer, o incumprimento, para ser definitivo e causa de resolução, deve ser qualificado por essa perda de interesse do credor, decorrente da inutilidade da prestação.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 115).

Pontes de Miranda, apontando consequências gerais do inadimplemento, mesmo sem referência expressa ao adimplemento substancial, consigna que o “credor não pode recusar a prestação se o que lhe falta é mínimo e não diminui o valor do que se lhe quer entregar, ou se nada se opõe a que a receba. A regra é não perder o interesse a prestação, por atraso do devedor”.¹⁵⁸

Da mesma forma, Ruy Rosado Júnior, ao apontar a necessidade de inutilidade da prestação para qualificar o inadimplemento a ponto de autorizar a resolução¹⁵⁹ e, ainda, Anderson Schreiber, consignando que é a teoria do adimplemento substancial “que permite, em síntese, rejeitar a resolução do vínculo obrigacional sempre que a desconformidade entre a conduta do devedor e a prestação estabelecida seja de pouca relevância”¹⁶⁰.

Luciano Penteado, referindo-se a dever secundário em parecer que tratou da teoria em estudo, defendeu que descumprimento ou cumprimento parcial “não pode ensejar pedido resolutório, revogatório, ou resilitório, antes que seja demonstrada a impossibilidade de satisfazer o interesse principal do contrato”¹⁶¹.

Paulo Lôbo considera “substancial o adimplemento parcial em nível suficiente a satisfazer o crédito, não se lhe aplicando as consequências da mora, principalmente a da resolução do negócio jurídico”¹⁶².

Dentre os autores que se dedicaram com maior profundidade ao assunto, vale

¹⁵⁷ “Assim, quanto à resolução embasada no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, poder-se-ia falar que ela requer um verdadeiro *inadimplemento substancial*, ou, em outras palavras, que não é qualquer descumprimento por parte do devedor que poderia ensejá-la, mas um descumprimento qualificado pela impossibilidade de ainda ser satisfeito o interesse do credor. A questão fulcral para essa hipótese de extinção da relação contratual reside no potencial de utilidade que a prestação ainda tem para o credor – vale dizer, o seu interesse sobre a prestação [...]” (FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75).

¹⁵⁸ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 61.

¹⁵⁹ “Os arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.056 do Código Civil, lhe definem a mora, o incumprimento que torna inútil a prestação e o efeito da inexecução, constroem um regime jurídico onde a resolução surge como a consequência do inadimplemento qualificado pela inutilidade da prestação, só decretável quando desaparecido o interesse do credor em recebê-la.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 31, n. 121, p. 211-255, jan-mar 1994. p. 215).

¹⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. A Tríplíce Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007, p. 18.

¹⁶¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e políticas públicas como causa final. Relações obrigacionais duradouras de prestações complexas. Interpretação do contrato e inadimplemento substancial. Irresolubilidade do domínio no caso concreto. Ação de revogação da doação como constitutiva negativa (prazo decadencial). Supressio nas relações jurídicas com a administração. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 32, p. 335-377, out/2007. p. 351.

¹⁶² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196.

destacar algumas posições.

Anelise Becker consignou que em “nosso sistema jurídico é possível a aplicação da doutrina do adimplemento substancial através da conjugação entre alguns artigos do Código Civil e o princípio da boa-fé objetiva”.¹⁶³

Gabriel Furtado, por seu turno, faz a seguinte consideração:

A teoria tem no centro de sua teleologia o refreamento e a imposição de limites ao exercício do direito potestativo conferido ao credor de resolver o contrato, vez que a ausência de barreiras poderia levar a situações contrárias à boa-fé objetiva, como quando o negócio fosse resolvido a despeito de a quase totalidade do programa obrigacional ter sido cumprido pelo devedor, ou de ter o credor sido satisfeito na quase totalidade de seu interesse.¹⁶⁴

Assim, existe consenso quanto ao suporte fático da teoria adimplemento substancial. O que cria óbice ao direito de resolução é o inadimplemento insignificante, de importância escassa.¹⁶⁵

Ainda em relação à teoria, Araken de Assis se manifestou aparentemente vinculando-a somente ao adimplemento ruim ou imperfeito ou a inadimplemento insignificante.

Em determinada passagem, a denominou de inadimplemento ruim, consignando que o “adimplemento ruim pode versar sobre uma parte modesta ou diminuta e ou infinitesimal da prestação. O direito inglês cunhou, a respeito, a doutrina da ‘*substancial performance*’”¹⁶⁶. Em outro trecho, iguala o termo a “adimplemento insatisfatório”, quando trata do descumprimento de parte diminuta da obrigação. Por fim, o denomina como inadimplemento insignificante, em análise do

¹⁶³ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 68.

¹⁶⁴ FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

¹⁶⁵ “Com efeito, o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento terá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato.” (ALVES, Jones Figueirêdo. *A Teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante do direito de resolução do contrato*. In: **Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 224.)

¹⁶⁶ ASSIS. Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 132.

inadempimento di scarsa importanza italiano¹⁶⁷.

Vê-se, portanto, a existência de aparente dissonância na definição e comparação com outros institutos atinentes ao adimplemento e inadimplemento das obrigações, sendo necessária uma harmonização e uniformização do conceito de adimplemento substancial, diferenciando-se de outras figuras, evitando equívocos que possam levar a aplicações inconstantes da teoria.

Em relação a tal posição, é de se dizer que devem ser aclarados os conceitos atinentes ao adimplemento ruim ou insatisfatório do conceito de inadimplemento insignificante.

O adimplemento ruim, mais ligado à teoria da violação positiva do contrato¹⁶⁸ pode, a depender das circunstâncias, configurar-se como inadimplemento insignificante, desde que não violem, em definitivo, os legítimos interesses surgidos daquela relação obrigacional, sendo possível reparo. Portanto, o primeiro é configuração fática, com consequências dentre as quais pode estar situada o desenho do adimplemento substancial. Tratam-se de antecedentes que devem ser analisados sob determinado prisma, para possibilitar a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Não parece correta, portanto, a equiparação feita por Araken de Assis.

Retornando à interpretação conjunta dos artigos 475 e 395, parágrafo único, ambos do Código Civil, se percebe a indicação para que a qualidade do inadimplemento assuma inegável relevância no Brasil, sendo apontada, ao menos em tese, possibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial. É o que defende Bussata:

Em que pese o direito a resolução, na forma estabelecida pelo art. 475 do Código Civil, em uma interpretação literal, não encontrar nenhum adjetivo ao inadimplemento para sua plena efetivação, e certo que tal dispositivo deve ser interpretado a luz da boa-fé objetiva, vedando-se, assim, o exercício dessa faculdade jurídica quando o inadimplemento for de escassa importância, tendo em vista

¹⁶⁷ ASSIS. Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 125-126.

¹⁶⁸ “A diferença entre adimplemento ruim ou defeituoso e adimplemento substancial seria pelo fato de que no primeiro a obrigação é cumprida pelo devedor sem atingir seu fim (falta de identidade), ou de maneira diversa da convencionada (falta de qualidade), ou por violação de dever acessório, caracterizando uma violação fundamental do contrato; enquanto no adimplemento substancial o devedor cumpre a obrigação de acordo com o seu fim e qualidade, mas não totalmente, remanesecendo uma parte ínfima da obrigação sem cumprir.” (SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182-183).

o concreto interesse envolvido na relação. Funciona, assim, a teoria em estudo como limite ao direito formativo extintivo a resolução dos contratos, de forma que esta somente se justifica se o inadimplemento for grave, de relevância e importância, retirando, assim, o interesse na contratação.¹⁶⁹

Também remetendo à boa-fé, Ruy Rosado Aguiar Júnior, afirmando que “cabe ao juiz examinar a defesa do devedor quanto aos pressupostos e efeitos da resolução, inclusive a validade da cláusula resolutiva, à luz do princípio da boa-fé [...]”.¹⁷⁰

Percebe-se nas referências nacionais, da mesma forma como ocorrido na análise de normas estrangeiras e supranacionais, especialmente de sistemas nos quais o adimplemento substancial não figura expressamente, a frequente remissão à boa-fé objetiva como canal hermenêutico para a aplicação da teoria, o que aponta para a necessidade de análise mais acurada, especialmente quanto a um de seus vieses.

2.2.1 A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial

A boa-fé objetiva consiste em um modelo de conduta, um padrão ético de comportamento que impõe a atuação honesta, leal e proba.

Não se pode lhe confundir com a boa-fé subjetiva, por esta ser ligada ao estado de consciência ou crença do indivíduo de estar agindo conforme as normas aplicáveis a ele.

Pode se verificar a diferenciação então, no plano fático. A exteriorização daquela conduta tida como de boa-fé pelo indivíduo (ainda subjetiva) é que poderá fazê-la conforme desejado na boa-fé objetiva¹⁷¹.

Está presente expressamente no parágrafo 242, do BGB, que assim dispôs:

¹⁶⁹ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

¹⁷⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 59.

¹⁷¹ “Os dois mencionados grupos de exemplos ilustram as significações ou perspetivações em que, consoante critério usual, se traduz a expressão: no primeiro deles, trata-se de boa fé *objectiva* ou em *sentido objectivo*, quer dizer, como norma de conduta; enquanto, no segundo grupo, se considera a boa fé *subjectiva* ou em *sentido subjectivo*, quer dizer, como consciência ou convicção justificada de se ter um comportamento conforme ao direito. Distingue-se, pois, entre o princípio da boa fé e o estado ou situação de boa fé.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 97).

§ 242 O devedor está obrigado a efetuar a prestação de acordo com o que exige a boa-fé e os costumes do tráfego social¹⁷²

No Brasil, a inicial inexistência de previsão equivalente à do artigo 242, do BGB, não impediu seu reconhecimento e aplicação, ao argumento de que constitui um dos princípios fundamentais do direito privado.

Isso se viu em alguns julgados anteriores à vigência do atual Código Civil, bem como ao Código de Defesa do Consumidor¹⁷³, a partir do qual pode se dizer que a boa-fé foi consagrada como um dos princípios fundamentais da relação de consumo¹⁷⁴, além de cláusula geral para controle de disposições abusivas.¹⁷⁵

Posteriormente, com a vigência do atual Código Civil, o princípio da boa-fé objetiva passou a incidir, expressamente, nas relações privadas ali regulamentadas.

Cláudia Lima Marques, sobre a boa-fé objetiva, ensina:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do contrato e a realização dos interesses das partes¹⁷⁶.

Especificamente no âmbito do direito obrigacional, a boa-fé objetiva impõe um modelo ideal de conduta aos integrantes da relação obrigacional na persecução do adimplemento, seu fim esperado.

Mário Júlio de Almeida Costa, quanto ao ponto tratado, defende o seguinte:

¹⁷² Tradução livre. No original: *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da boa-fé. In: **Ajuris**, v. 17, n. 50, p. 207-227, nov. 1990.

¹⁷⁴ CDC. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

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

¹⁷⁵ CDC. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

¹⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 216.

A regra de que os membros de uma comunidade jurídica devem agir de acordo com a boa fé, consubstancia a exigência de adoptarem uma linha de correcção e probidade, tanto na constituição das relações entre eles como no desempenho das relações constituídas. E com o duplo sentido dos direitos e dos correlatos deveres em que as relações jurídicas se analisam: importa que sejam aqueles exercidos e estes cumpridos de boa fé. Mais ainda: quer sob o ângulo positivo de se agir com lealdade, quer sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade; digamos, impõe-se um comportamento que envolve aspectos activos e omissivos.¹⁷⁷

A presença da boa-fé no Código Civil de 2002, assim como em outros ordenamentos¹⁷⁸, se dá de forma a lhe atribuir aspectos diversos, percebendo-se sempre a presença de uma exigência ética, a qual, estando vinculada a um modelo aberto, entrega ao exercício hermenêutico a tarefa de declarar o significado concreto da boa-fé em cada relação que se ponha sob análise.

No artigo 113¹⁷⁹, a boa-fé é trazida em seu viés hermenêutico-integrativo, auxiliando na hermenêutica em relação às cláusulas contratuais, servindo de instrumento para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto, como ensina Judith Martins-Costa:

[...] a boa-fé objetiva é mais do que o apelo à ética, é noção técnico-operativa, que se especifica no campo de função ora examinado, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi criado.¹⁸⁰

Já no artigo 422¹⁸¹, a boa-fé se mostra como fonte de deveres de conduta, permitindo a concreta identificação, face às peculiaridades de cada relação, de

¹⁷⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 99-100.

¹⁷⁸ "O ordenamento jurídico acolhe a boa-fé sob diferentes ângulos e atribui-lhe efeitos diversos. Merecem destaque os seguintes: causa de exclusão da culpa num acto ilícito, determinando a atenuação ou exoneração da sanção; causa ou fonte de deveres especiais de conduta, exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade visada pelas partes; causa de limitação do exercício de um direito subjectivo ou de qualquer outro poder jurídico." (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 95).

¹⁷⁹ Código Civil de 2002 – Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 437.

¹⁸¹ Código Civil de 2002 – Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

novos deveres¹⁸², que se somam àqueles surgidos diretamente da vontade das partes. E tais deveres não podem deixar de ser levados em consideração na análise da substancialidade do adimplemento que permita a aplicação da teoria.

A análise de admissibilidade da aplicação do adimplemento substancial deve passar também pela observância de deveres laterais tal como a cooperação mútua entre credor e devedor.¹⁸³

Por fim, no artigo 187, encontra-se a boa-fé em seu viés de controle, limitando o exercício de direitos subjetivos¹⁸⁴, fazendo determinado ato entrar no mundo jurídico como ilícito, quando seja configurado abuso de direito em qualquer das fases do processo obrigacional¹⁸⁵. Sobre esta terceira função, Menezes Cordeiro ensina o seguinte:

A admissão do abuso de direito tem sido fundada na necessidade de respeitar os direitos alheios, na violação, pelo titular exercente, de normas éticas, na ocorrência, por parte do mesmo titular, de falta e na não consideração do fim preconizado pela lei, aquando da concessão do direito. [...] a supressão do direito subjectivo altera os dados do problema, provando em excesso; a recondução do abuso do direito a limitações jussubjectivas comuns é impraticável, pelos menos, nas ordens jurídicas que, como a portuguesa, apresentem uma visão diferenciada de actos abusivos, outrotanto sucedendo com a sua equiparação ao conflito de direitos; a concepção ética requer o equacionar do Direito e da Moral no jusprivatismo; o recurso à falta, por esta implicar um factor de ilicitude, deixa em aberto a natureza da norma violada, aquando do abuso; a utilização do fim económico ou social do direito, com uma relativização subsequente do direito subjectivo, prende-se com âmbitos preceptivos imanentes, nas normas jurídicas.¹⁸⁶

¹⁸² Vale remissão ao tratado no item 1.3, do capítulo anterior, quando se estabeleceu que, juntamente aos deveres primários, surgem os deveres secundários e os laterais. Enquanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais, os deveres laterais ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional, dentre os quais o dever de cooperação, de informação, de sigilo e de cuidado.

¹⁸³ SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

¹⁸⁴ Código Civil de 2002 – Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁸⁵ A partir da mesma função da boa-fé, desenvolveram-se teorias, sintetizadas em brocardos latinos, indicando tratamentos típicos a exercícios de direitos subjetivos tidos como inadmissíveis, a exemplo da *supressio* (potencial extinção de um direito obrigacional pela ausência de seu exercício durante certo tempo e objetiva deslealdade no posterior exercício), da *tu quoque* (impossibilidade de aquele que infringiu uma regra de conduta postular que se recrimine mesmo comportamento pela contraparte) e o *venire contra factum proprium* (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento próprio anterior).

¹⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011, p. 680-683.

A parte do fundamento para a aplicação do adimplemento substancial que reside na boa-fé está justamente no viés de controle do exercício desmedido do direito de resolução por parte do lesado, pela forma presente no artigo 475, do Código Civil¹⁸⁷. Em razão da teoria se fundamentar na boa-fé objetiva, assim como na função social do contrato, que são imperativas, ela deve ser aplicada independentemente de alegação por parte de quem potencialmente beneficiará.

É que na hipótese de ocorrer o adimplemento substancial da obrigação, não se pode reconhecer ao credor nenhuma expectativa legítima na resolução do vínculo, pois seu interesse fora substancialmente satisfeito enquanto, por outro lado, a resolução abusiva traria prejuízos desproporcionais ao devedor.¹⁸⁸

Tal função da boa-fé já se encontra reconhecida, como se observa no Enunciado 371, do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 371

A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.

Mesmo os processualistas já reconhecem impossibilidade ao exercício do direito potestativo de resolução quando frente a inadimplemento insignificante:

Assim, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo (ou seja, se o déficit de adimplemento for insignificante, a ponto de considerar-se *substancialmente* adimplida a prestação), o direito a resolução converte-se em outra situação jurídica ativa (direito a indenização, p. ex.), de modo a garantir a permanência do negócio jurídico.¹⁸⁹

Deve se falar, assim, em abuso de direito por parte do credor quando utilizar-

¹⁸⁷ “[...] é justamente a função defensiva, na modalidade de exercício desequilibrado ou desproporcional das posições jurídicas, que serve de fundamento de aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial ou inadimplemento de escassa importância” (BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127).

¹⁸⁸ Anelise Becker chama atenção aos casos de resolução nos quais a restituição da prestação já efetuada não possa se dar de forma satisfatória, acarretando graves prejuízos para o devedor que já prestou de forma substancial, além de gerar enriquecimento indevido ao credor. Nessas situações o abuso do direito de resolver a relação seria identificado com mais facilidade. (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 70).

¹⁸⁹ DIDIER JÚNIOR. Fredie. Notas sobre a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Processual Civil brasileiro In: **Revista da Esmape**, v. 14, n. 29, p. 179-184, jan./jun. 2009, p. 179.

se da faculdade de resolução do contrato constante no artigo 475, do Código Civil, se a obrigação que pende não possui o caráter de essencial no contrato¹⁹⁰, pois da resolução não lhe surge utilidade alguma¹⁹¹.

Ao se preterir resoluções tidas como impertinentes sob o prisma da boa-fé objetiva, a teoria do adimplemento substancial se amolda com perfeição ao ordenamento jurídico brasileiro.

Mas não é só na boa-fé que se funda a aplicação do adimplemento substancial. Parte de sua fundamentação reside na “concepção de solidarismo social, e sob este prisma, vinculada a noção de função social do contrato”.¹⁹²

2.2.2 A função social dos contratos e o adimplemento substancial

Eduardo Tomasevicius atribui o estudo inicial da ideia de função social a Tomás de Aquino, “quando afirmou que os bens apropriados individualmente deveriam ter um destino comum que o homem deveria respeitar”¹⁹³. Tal ideia veio a ganhar força somente no século XIX, devido às profundas alterações econômicas e sociais que ocorreram naquele período. Em consequência, surgiram alterações na ordem social, formando-se novas classes sociais: a burguesia, detentora do capital, e os trabalhadores¹⁹⁴.

¹⁹⁰ “Assim, a teoria do adimplemento substancial toma em consideração o desequilíbrio existente no exercício do direito à resolução em ocorrendo o inadimplemento de escassa importância, de forma a considerá-lo abusivo, uma vez que contrário a boa-fé e à finalidade econômico-social do contrato [...]” (BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91).

¹⁹¹ “Tem-se perquirido, finalmente, se poderá haver abuso no exercício dos direitos contratuais. Para o admitir tem-se, geralmente, posto mal a questão, que seja porque se supõe uma falta comedida pelo credor no exercício do seu direito contratual, que seja porque se procurou a solução na interpretação das cláusulas do contrato. O artigo 1134, § 3.º do Código civil, decidindo que as convenções devem ser executadas de boa fé, traz um apêlo à teoria do abuso dos direitos contratuais tendo sido possível admitir a rescisão do contrato pela aplicação do artigo 1184, quando uma das partes faltou à obrigação geral de agir de boa fé. [...] Não se pode admitir que o direito contratual seja superior, pela sua natureza, ao direito legal e a este título, não susceptível de abuso. Mas este direito, nascido do contrato, é, quasi sempre, estreitamente determinado no seu conteúdo, e limitado à utilidade que as partes contam retirar do seu exercício. Para que haja abuso, é preciso, portanto, que o exercício dêste direito não apresente utilidade alguma para aquele que o exerce [...]” (RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 3. ed. Tradução: Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 182-183).

¹⁹² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1, p. 133-160, p. 142.

¹⁹³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato: Conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005, p. 197.

¹⁹⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato: Conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005, p. 197-198.

Tais alterações acabaram por levar ao enfraquecimento do Estado de cunho econômico-liberal e ao estabelecimento do Estado Social, o que fez mais frequente¹⁹⁵ aos entes estatais a adoção de mecanismos de controle dos processos econômicos, refletindo invariavelmente na seara contratual, por ser o meio clássico pelo qual se operacionaliza a circulação econômica.

Nesta senda, os ditames de cunho econômico-liberais atinentes aos contratos – autonomia da vontade, força obrigatória e relatividade subjetiva – passaram por uma reestruturação, conformada pela já comentada boa-fé objetiva, bem como pela função social¹⁹⁶, prevista no artigo 421, do Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Pela disposição, a ideia passou a ser de submissão das figuras contratuais à dignidade dos indivíduos e à dignidade social, de modo que, no “Estado social, que é o modelo constitucional brasileiro, a intervenção estatal, nos planos legislativo, judicial e administrativo, nas relações contratuais, será sempre necessária [...]”.¹⁹⁷ Tal submissão, aliás, é obrigatória, por disposição expressa do artigo 2.035, também do Código Civil.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Ainda que se atribua ao Estado Liberal a versão mais pura de capitalismo, pela qual o mercado funcionaria livremente de forma satisfatória, é certo que sempre houve, mesmo que em pequena medida, intervenções, ainda que para garantia a livre economia, com a proteção da propriedade.

¹⁹⁶ “[...] também não pode o direito positivo ser indiferente ao negócio em que o contratante se aproveite desta situação de inferioridade do outro, para obter um interesse manifestamente desproporcional ao valor dado em troca. Esta é a tendência que o direito moderno adota, esforçando-se por introduzir no contrato a obediência à regra moral; pretende realizar a justiça, repudiando a exploração do homem pelo homem. E, quando afirmamos tal tendência, não nos baseamos somente nos teóricos do direito, naqueles que afirmam a excelência do princípio da boa-fé em tese, mas vamos buscar apoio na realização prática, levada a efeito pelos Códigos mais recentes. [...] O direito justinianeu instituiu a rescisão baseada na equidade, [...] Foi a Idade Média que introduziu no instituto o fator subjetivo, e foi a Igreja que lhe impôs maior cunho de espiritualidade. E, depois de ter dado todas as voltas, e de ter sofrido amputações várias, e de ter sido repellido por uns e encarecido por outros, eis que o instituto ressurgiu ao apagar as luzes do último século, para novamente humanizar as relações jurídicas, e afirmar que a autonomia da vontade e o liberalismo individualista não podem ser levados às últimas consequências, mas devem ser contidos dentro numa traça lindeira de moralidade. [...] A solidariedade humana, princípio informativo do direito moderno, longe de repudiar aquela necessidade de equivalência de um e outro contratante, e de menoscar a reciprocidade proporcional entre a utilidade auferida por um contratante e a que outro recebe, antes impõe o dever de não abusar uma parte da necessidade extrema da outra [...]” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 6. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 118 e 119).

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52-53.

¹⁹⁸ “Com sua inserção no art. 421 do CC/2002, o princípio geral de direito denominado *função social* constitui-se em cláusulas gerais que direcionam a autonomia da vontade na seara dos contratos. Aliás, também é tido como um preceito de ordem pública, por força do estabelecido no parágrafo único do art. 2.035 do CC/2002, devendo as convenções entre particulares subordinar-se aos seus

Assim, já não basta que o contrato produza os efeitos dele classicamente esperados, além de não causar dano a terceiros. Sobreleva-se a necessidade de alcance de resultados ou vantagens concretas também para a sociedade que subjaz àquela relação contratual específica.

Clóvis Beviláqua já observava no contrato uma função social, por considerá-lo “um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. E’ certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato”.¹⁹⁹

O princípio da função social dos contratos tem como conteúdo a necessidade dos interesses individuais daqueles que figuram na relação ser exercido em conformidade com os interesses sociais²⁰⁰. A base dessa submissão é constitucional, conforme aponta Paulo Lôbo²⁰¹.

Tal princípio, por força da parte final do artigo 421, constitui não só limite negativo aos contratantes. Mais que isso, é uma determinação de atuação (exercida

ditames.” (ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 105).

¹⁹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896, p. 166.

²⁰⁰ Não se desconhece a proposição da corrente analítica baseada na relação entre direito e economia, que busca exemplos no mercado de crédito para apontar a interferência estatal no acordo entre as partes, favorecendo aquela tida como mais fraca na disputa, como prejudicial, se analisada sob um enfoque mais amplo, considerando os reflexos no mercado subjacente àquela relação contratual específica, o qual se estrutura em expectativas dos atores econômicos. Entretanto, o princípio da função social do contrato não é, por si só, contrário àquilo que propõe a corrente analítica do direito e economia. Existem hipóteses em que a teoria econômica apoia a flexibilização do princípio da autonomia da vontade, tal como no caso de onerosidade excessiva. A busca deve ser para que não se cometam abusos na utilização do princípio da função social do contrato, de modo que venha a se justificar nele decisões judiciais que afastem dispositivos legais, fundamentadas na mera hipossuficiência de uma das partes. Tal possibilidade criaria tamanha insegurança jurídica que iria de encontro a uma das mais comezinhas funções do direito – o apaziguamento das relações humanas. A resposta sobre qual enfoque de análise é o mais adequado residirá na casuística, podendo se afirmar com segurança tão somente que deverão ser levados em consideração tanto fatores atinentes à individualidade dos contratantes quanto aos possíveis reflexos de eventual decisão que venha a ser prolatada, em relação ao mercado subjacente àquele contrato analisado. Sobre o tema, conferir: PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982; REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERTAJN, Décio. **Pacta sunt servanda? O caso dos contratos da soja verde**. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5jg1v63w#page-1>>. Acesso em: 05.08.2014; TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006; TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. Eficiência econômica. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 876, p. 11-43, out. 2008; VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica da função social dos contratos / art. 421 do Código Civil. In: **Revista de direito privado**. v. 14, n. 54, p. 99-125, abr./jun. 2013.

²⁰¹ “A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, pela tutela explícita da ordem econômica e social, na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social, haverá função social do contrato.” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.)

em razão e nos limites da função social do contrato), que Judith Martins-Costa chamou de autonomia privada solidária.²⁰²

Arnoldo Wald sugere a superação da ideia pela qual a função social é princípio protetivo da parte economicamente hipossuficiente da relação, devendo-se afastar, da mesma forma, o entendimento no sentido de que seria minorado o relevo aos atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos²⁰³. Por isso, defende que a função social do contrato persiga um equilíbrio entre os interesses das partes e da sociedade²⁰⁴.

A função social do contrato, conforme está contido no artigo 421, do Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas justas e úteis às partes.

Pela similitude na base principiológica dos artigos 421 e 422 do Código Civil, que tratam da função social do contrato e dos deveres de conduta surgidos da boa-fé, respectivamente, poderia se cogitar confusão entre eles.

Entretanto, há distinção relevante, alocada no alcance da aplicação de cada conceito, de modo a garantir operabilidade técnica e lógica aos dispositivos. O primeiro deles se dirige à regulação dos efeitos externos da contratação ou dos efeitos internos que digam respeito à dignidade dos indivíduos e à dignidade social, enquanto o segundo opera, em regra, entre os contratantes (podendo se estender a terceiros determinados ou determináveis)²⁰⁵.

Assim, quando o agir de um dos figurantes na relação obrigacional atingir somente a contraparte em aspectos que não incluam dignidade, o desfecho a ser dado depende das disposições atinentes à boa-fé. Diferentemente, se a natureza da lesão implicar gravame social, incidem as disposições relativas à função social dos contratos. Nada impediria, entretanto, que uma única conduta mereça a aplicação dos dois conceitos.

Parecem pertinentes as posições trazidas por Paulo Nalin²⁰⁶ e Cláudio Luiz

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: **Revista brasileira de direito comparado**, n. 29, p. 63-102, 2005, p. 71.

²⁰³ WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo: Thompson & IOB, n. 77. p. 129-148. Maio/junho 2006, p. 133.

²⁰⁴ WALD, Arnoldo. O interesse social no direito privado. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo: Thompson & IOB, n. 77. p. 129-148. Maio/junho 2006, p. 134-138.

²⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 59.

²⁰⁶ NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, p. 50-60, out/dez 2002, p. 54.

Bueno de Godoy²⁰⁷, para os quais a função social dos contratos se manifestaria em dois níveis. Em um primeiro, intrínseco ou interno, a função social estaria vinculada à necessária observância pelos contratantes da igualdade material, equidade e boa-fé objetiva e num segundo, extrínseco ou externo, seria superado o princípio da relatividade subjetiva contratual, admitindo a visão do contrato para além do âmbito interno, como instrumento de repercussão ampla no campo das relações sociais.

A observância de condutas voltadas à concretização dos direitos fundamentais não ocorre mais somente nas relações verticais, tidas entre o Estado e o indivíduo. A eficácia de tais direitos é também horizontal²⁰⁸, sendo inevitável o reconhecimento da força expansiva dos direitos fundamentais, os quais se mostram cada dia mais evidentes nas diversas esferas do direito.

Acerca do tema, cite-se o Enunciado de n.º 23, do Conselho de Justiça Federal:

Enunciado 23

A função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Estabelecida a relevância social do contrato como meio de circulação de riquezas e promoção de valores fundamentais da personalidade, assim como do solidarismo, deve se tentar extrair dele a máxima eficácia possível, decorrendo daí a preocupação que se deve ter com sua preservação em detrimento das formas de

²⁰⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social dos contratos**: os novos princípios contratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113-155.

²⁰⁸ Juan María Bilbao Ubillos (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: **Direito civil contemporâneo**: Novos problemas à luz da legalidade constitucional, São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-237) propõe que se revise a expressão “eficácia horizontal” ao se referir à incidência dos direitos fundamentais entre particulares. E a razão de ser de tal proposta parece relevante. Tal expressão surgiu, por certo, partindo-se da concepção liberal da incidência dos direitos fundamentais, entendidos até então como deveres, de abstenção ou prestação, do Estado em relação àqueles que a ele se subordinavam. Um dever exercido “de cima para baixo”, verticalmente. Em sentido contrário, a aplicação dos direitos fundamentais entre aqueles subordinados ao Estado se daria de forma horizontal. Entretanto, a atuação estatal nas relações privadas surge justamente em razão de uma disfunção observada pelo crescimento, inevitável e até mesmo incentivado pelo modelo econômico vigente, do poder privado de alguns indivíduos em relação aos demais. Há, portanto, uma disparidade, que desloca um dos envolvidos na relação jurídica privada do ponto utópico da igualdade, levando-lhe, é certo, a uma posição de superioridade o que é exatamente a justificativa da atuação estatal na relação. Tem-se, portanto, a configuração de um panorama no qual há um desnível e não uma horizontalidade. Tal aspecto parece ilustrar melhor a situação real a qual se procura conferir a aplicação dos direitos fundamentais.

extinção irregular, podendo-se observar uma norma geral, tendente à manutenção dos contratos. Neste sentido, a seguinte passagem:

[...] considerando que a fluidez do tráfico é fator de especial interesse social, a função social também reforça o princípio contratual da conservação, segundo o qual se deve envidar todos os esforços no sentido de manter a relação, prevalecendo, portanto, entre a revisão e a decretação da invalidade, a revisão. No mesmo sentido e pela mesma razão, a interpretação dos negócios jurídicos deve sempre ter por norte a sua manutenção e não a sua extinção sem adimplemento.²⁰⁹

É de se dizer, ainda, pela mesma construção lógica, que se mais de uma interpretação resguardar a existência do contrato, deve se optar por aquela que melhor potencialize seus efeitos.

Como se viu, a função social se realiza plenamente quando ocorre o término normal das relações contratuais, se extraindo dele algo útil para a coletividade²¹⁰, de modo que a teoria do adimplemento substancial, sendo elemento impeditivo ao exercício desmedido do direito de resolução²¹¹, faz consagrar o que se prescreve no artigo 170, da Constituição, bem como no artigo 421, do Código Civil, conforme apontado no Enunciado 361, do Conselho da Justiça Federal.

Enunciado 361

O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

Tratando especificamente sobre o adimplemento substancial, Vivien Lys Porto, argumenta:

²⁰⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: **O Novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99-126, p. 114.

²¹⁰ Como diz Gorla, um “contrato que se dirija a realizar interesses fúteis, caprichosos, que no representen ningún interés para la sociedad o ninguna ‘utilidad social’, un contrato ‘socialmente fútil o improductivo’ no sería digno del reconocimiento jurídico, sino que sería jurídicamente indiferente.” (GORLA, Gino. **El contrato**: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. Tradução, notas de comparação e adaptação ao direito espanhol por Jose Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959, p. 244). A *contrario sensu*, aquele contrato que atenda a tais funções, ou, no caso de não adimplido completamente, que ainda possa atendê-las, a proteção, por meio da teoria do adimplemento substancial, deve prevalecer.

²¹¹ ALVES, Jones Figueirêdo. A Teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impeditivo do direito de resolução do contrato. In: **Leituras Complementares de Direito Civil**: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 223-232.

O descumprimento de parte mínima do contrato encontra guarida no ordenamento jurídico vigente ao ser relativizado, como efeito da causa denominada função social do contrato (CC, art. 421), de modo a preservar a relação negocial de expressiva importância ao tráfico econômico; coincidindo com o princípio da conservação dos contratos que prestigia a manutenção equilibrada do vínculo obrigacional, se mantida a essencialidade da obrigação dentro da equidade aplicável sob o princípio do *pacta sunt servanda* que se relativiza mediante o princípio da função social que prima pelo equilíbrio contratual²¹².

Pelo que foi dito, é possível, ainda que sob omissão legislativa específica, adotar e aplicar a teoria do adimplemento substancial no Brasil, fundando-se nos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, especificamente nos vieses de limitação ao exercício de direitos subjetivos e da conservação dos contratos, respectivamente.

2.3 A utilização jurisdicional do adimplemento substancial no Brasil

As hipóteses de aplicação da teoria do adimplemento substancial não tratam especificamente de dúvidas acerca do sentido das cláusulas contratuais, como é comum²¹³ ocorrer quando da necessidade de remissão à interpretação contratual.

Nos casos que demandem análise da teoria, o exercício interpretativo das cláusulas, se houver divergência quanto a elas, deve ocorrer previamente à aferição da satisfação dos interesses surgidos do contato, para, só após ter se estabelecido de forma clara quais são os deveres e direitos de cada uma das partes, se poder

²¹² SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94-95.

²¹³ Não se trata a interpretação como fenômeno dispensável, pois se reconhece que “é sempre necessária, pois o contrato é produzido pela linguagem, que por sua vez é simbólica. Toda e qualquer palavra admite alguma indeterminação, de maneira que, atrás do significado aparente, pode esconder um novo e diverso sentido, que, no negócio jurídico possa ser o mais justo. Mesmo, portanto, quando se declara que não há necessidade de interpretação porque o contrato é claro, e realmente tenha um significado certo, na verdade - ainda que inconscientemente - se interpreta. Isto porque assim se procede justamente para afastar o sentido que alguém deseja atribuir em lugar do que o outro interessado pretenda.

A clareza do texto, quando muito, diminui a área de incerteza sobre o significado contratual. Reduz, mas não elimina, conseqüentemente, o papel da interpretação. É que não é só a clareza de linguagem no sentido léxico que interessa ao intérprete. Dados outros são importantes para consumir-se o que, em direito, se considera a *interpretação técnica* de um contrato. A operação submete-se a regras jurídicas de interpretação, que visam, mais do que às partes, pois seu destinatário é aquele órgão judicante a quem a lei confere a missão de resolver os conflitos derivados das controvérsias exegéticas sobre as declarações contratuais.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. In: **Revista de direito privado**, v. 10, n. 38, p. 149-175, abr./jun. 2009. p. 153).

avaliar eventual substancialidade do adimplemento.

Desta forma, muito embora não esteja no centro do objeto deste trabalho, o estudo sobre a interpretação dos contratos é relevante, na medida em que se destina a definir o justo significado das cláusulas²¹⁴.

A possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial no Brasil encontra, já há algum tempo, reconhecimento além da literatura jurídica, como pode ser visto pela análise de julgados dos tribunais brasileiros.

A mais antiga aplicação que se pode ter notícia em pesquisa nos sites dos Tribunais de Justiça é originária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e restou assim ementada:

EMENTA: CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. O COMPRADOR QUE PAGOU TODAS AS PRESTAÇÕES DE CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO, MENOS A ÚLTIMA, CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE O CONTRATO, NÃO PODENDO SER DEMANDADO POR RESOLUÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO JULGADA IMPROCEDENTE E PROCEDENTE A CONSIGNATÓRIA. APELO PROVIDO EM PARTE, APENAS RELATIVAMENTE AOS HONORÁRIOS.²¹⁵

A relatoria fora do então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, já citado em passagens anteriores por seu estudo do adimplemento e inadimplemento das obrigações.

Percebe-se que o critério de avaliação da substancialidade utilizado na abordagem pioneira se restringiu ao quanto do valor total da obrigação fora cumprido.

Em momento posterior, o mesmo relator do acórdão mencionado, quando já Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relatou outro processo, que consta ser o mais antigo no âmbito daquela corte a aplicar a teoria do adimplemento substancial

²¹⁴ Para aprofundamento sobre o tema, conferir: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Interpretação do contrato. In: **Revista de direito do consumidor**, n. 17, p. 5-19, jan./mar. 1996; ARAUJO, Luciano Vianna. O que significa simples interpretação de cláusula contratual? In: **Revista brasileira de direito processual**, v. 17, n. 68, p. 237-246, out./dez. 2009; BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos. In: **A teoria do contrato e o novo Código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 101-124. BETTI, Emilio. **Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos**. Tradução e prologo: Jose Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975; DE LUCCA, Newton. Normas de interpretação contratual no Brasil. In: **Revista autônoma de direito privado**, n. 3, p. 95-144, abr./jun. 2007; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Interpretação do contrato. In: **10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344-357.

²¹⁵ Apelação Cível Nº 588012666, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgada em 12/04/1988.

e do qual se extrai a seguinte ementa:

EMENTA: SEGURO. INADIMPLEMENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ULTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO. A COMPANHIA SEGURADORA NÃO PODE DAR POR EXTINTO O CONTRATO DE SEGURO, POR FALTA DE PAGAMENTO DA ULTIMA PRESTAÇÃO DO PREMIO, POR TRES RAZÕES: A) SEMPRE RECEBEU AS PRESTAÇÕES COM ATRASO, O QUE ESTAVA, ALIAS, PREVISTO NO CONTRATO, SENDO INADMISSIVEL QUE APENAS REJEITE A PRESTAÇÃO QUANDO OCORRA O SINISTRO; B) A SEGURADORA CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE COM A SUA OBRIGAÇÃO, NÃO SENDO A SUA FALTA SUFICIENTE PARA EXTINGUIR O CONTRATO; C) A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DEVE SER REQUERIDA EM JUIZO, QUANDO SERA POSSIVEL AVALIAR A IMPORTANCIA DO INADIMPLEMENTO, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DO NEGOCIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.²¹⁶

Da mesma forma como ocorrido no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, até mesmo pela similitude dos fatos, havendo somente uma parcela pendente dentre várias, novamente o critério de avaliação da substancialidade do adimplemento foi a do número de prestações pendentes.

Atualmente, em busca no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, são apontadas 24 (vinte e quatro) ocorrências de julgados colegiados²¹⁷ contendo o termo “adimplemento substancial”, dos quais 9 (nove) não adentraram ao mérito da teoria, por questões processuais²¹⁸ ou somente a mencionarem no contexto amplo dos atos próprios²¹⁹. Restaram, portanto, 15 (quinze) manifestações de mérito sobre o tema no âmbito da corte que detém o papel de uniformizador de entendimentos

²¹⁶ REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

²¹⁷ Busca efetuada em 13 de maio de 2014. Na mesma ocasião, foram encontradas 273 (duzentas e setenta e três) decisões monocráticas contendo o termo “adimplemento substancial”, as quais não foram analisadas, por ampliar excessivamente os dados do estudo, inviabilizando a pesquisa no prazo disponível.

²¹⁸ REsp 113.710/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/02/1997, DJ 31/03/1997; AgRg no Ag 607.406/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 29/11/2004; REsp 656.103/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 26/02/2007, p. 595; AgRg no Ag 1140717/SC, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 27/10/2009; AgRg no AREsp 238.432/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 21/06/2013; AgRg no AREsp 13.256/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 04/09/2013 e; AgRg no AREsp 204.701/SC, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 17/12/2013.

²¹⁹ REsp 1202514/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 30/06/2011 e REsp 953.389/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010.

jurisdicionais relativos à matéria infraconstitucional.

Nas ocasiões em que ocorreu a análise da matéria de fundo, o Superior Tribunal de Justiça se pautou eminentemente de forma a analisar os valores já adimplidos em relação ao total devido, apurando comumente em percentuais o que seria ou não um adimplemento substancial.

Indicando a oscilação na análise da teoria, além do já citado REsp 76.362/MT, pode-se citar o REsp 415971/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se consignou não haver substancialidade devido à “falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio”²²⁰.

Muito embora alguns julgados tenham levado em consideração, ainda que não como *ratio decidendi*, outros aspectos²²¹, considerando que a ideia de adimplemento substancial envolve feições mais amplas, abrangendo não só os valores pecuniários constantes nas avenças, mas também todo o conjunto obrigacional, bem como a possibilidade de gradação do inadimplemento, percebe-se que o posicionamento jurisprudencial ainda demonstra carência na análise mais aprofundada do instituto. É o que adverte Vivien Lys Porto ao mencionar que a “jurisprudência pátria ainda utiliza um critério amplo e indefinido, a primeira vista, ao admitir que a ausência do pagamento de ‘pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem’ configura o adimplemento substancial”²²².

Como se percebe no levantamento jurisprudencial, a aplicação da teoria ocorre predominantemente nas relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, o que se justifica pela amplitude da proteção que ali é estabelecida.

²²⁰ EMENTA: CIVIL. ART. 1450 DO CÓDIGO CIVIL. INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE SEGURO. FALTA DE PAGAMENTO DE MAIS DA METADE DO VALOR DO PRÊMIO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA PELO SINISTRO OCORRIDO DURANTE O PRAZO DE SUSPENSÃO DO CONTRATO, MOTIVADA PELA INADIMPLÊNCIA DO SEGURADO.

- A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não oneração da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado.

- Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora. (REsp 415.971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302)

²²¹ Dentre os acórdãos posteriores ao pioneiro no STJ, merecem destaque, por mencionarem outros critérios de avaliação, os Recursos Especiais nºs 712.173/RS, que analisou a conduta do credor e do devedor do desenvolvimento da obrigação; 883.990/RJ, no qual se perquiriu sobre a aplicação da teoria por descumprimento escasso de dever acessório; e o voto vencido no 1051270/RS, que levou em consideração a conduta tida carente de boa-fé, por parte do devedor, que impediria a aplicação da teoria.

²²² SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

Nada obsta, entretanto, a aplicação da teoria em relações empresariais e civis paritárias, tendo em vista fundar-se predominantemente na manutenção das relações contratuais, quando presentes determinados requisitos, os quais não são exclusivos das relações de consumo.

Nos processos submetidos ao STJ que envolvam a aplicação da teoria do adimplemento substancial, merece destaque o voto vencido no REsp 1051270/RS, julgado em 04 de agosto de 2011, que analisou não só a relação entre o percentual monetário prestado e o restante, mas ponderou também se a conduta do devedor, após a configuração da mora, continuava voltada para o adimplemento. Do voto mencionado, destacam-se as seguintes passagens:

Na espécie, entendo que uma inadimplência próxima de 14% do montante integral do contrato de arrendamento mercantil, ainda que pago o valor residual garantido, não pode ser considerada ínfima e de escassa importância, razão pela qual não se pode atribuir inaptidão à ação de reintegração de posse por não se mostrar o pedido inicial consentâneo com a extensão do inadimplemento do devedor.

O caso em apreço não diz respeito a controvérsia sobre uma única parcela inadimplida, tampouco trata da reintegração de bem essencial à atividade do devedor, hipótese versada em precedentes colacionados neste feito. Diversamente, refere-se ao não pagamento consecutivo e reiterado de cinco prestações, fato que foi claramente reconhecido pelo devedor. Todavia, não se trata de inadimplemento significativo a ponto de a fração descumprida ser inútil para o credor, de forma que arrefeça o seu direito de exigir correspondente satisfação e o impeça de buscar a tutela jurisdicional.

Outra questão a considerar é a equidade de interesses e predisposição das partes para o positivo cumprimento do contrato, porquanto a boa-fé objetiva opera em duas direções e subsume-se na própria atuação dos contratantes, não se esgotando na conduta de confiança e lealdade do credor, pois também requer do devedor igual padrão de comportamento, da celebração à execução do contrato.

[...]

Dessa forma, ainda que o parâmetro matemático seja apto a aferir o adimplemento substancial, como tem entendido a jurisprudência pátria, é também necessário que, como elemento qualitativo, no dizer de Anderson Schreiber (A boa-fé objetiva e o inadimplemento substancial, in *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007), o juiz, no exercício do seu poder-dever jurisdicional de investigar os fatos e aplicar o direito, avalie a atuação das partes credora e devedora no cumprimento das prestações previstas no pacto obrigacional, na busca do equacionamento de possíveis desequilíbrios contratuais, enfim, no diligente propósito de resolver o negócio jurídico.

[...]

E, em se tratando de discussão sobre valores contratuais,

certamente o réu poderia envidar esforços no sentido de quitar o débito por ele mesmo reconhecido, tornar explícita a pretensão de dispor de algum bem ou de bens passíveis de penhora ou ainda usar dos meios judiciais também hábeis à solução do litígio, tais como propor ação de consignação em pagamento da fração que julgue incontroversa.

Ora, ao contestar a ação de reintegração de posse (fls. 45-53), a simples alegação do réu de que "há outras ações que permitem ao credor cobrar a dívida, sem, no entanto, ofender sua posse mansa e pacífica" não tem o condão de retirar-lhe o direito e dever, como instrumento de equidade, de contrapor àquela demanda ação consignatória em pagamento com o fim de ser depositado em juízo o montante das prestações de mútuo por ele consideradas devidas, providência, por óbvio, própria para inibir a resolução do contrato de arrendamento mercantil.²²³

Diante de determinadas situações que se configuram cada vez com maior frequência, as considerações acima, embora não prevalecendo no julgamento, atentam para a pertinência da discussão sobre a potencial insuficiência de se estabelecer a substancialidade do adimplemento valendo-se unicamente de critérios matemáticos.

É importante lembrar que os pressupostos de incidência do adimplemento substancial no direito civil e no direito do consumidor são os mesmos, decorrendo da incidência da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, que se aplicam a ambos os ramos.

Como exemplo, imagine-se uma compra que envolva maquinário de alta tecnologia, a ser entregue e montado em diversas peças (parcelas), sendo que cada uma delas funciona individualmente, mas, quando montadas na totalidade, passam, em razão de uma dessas partes, que comanda as demais em conjunto, a ter desempenho superior ao das partes individualmente consideradas.

Se tal parte, que detém o condão de coordenar as demais, não é entregue e montada conforme estipulado, o objeto do contrato – maquinário de alta tecnologia com diversas partes atuando coordenadamente – não é entregue de forma satisfatória, e, ainda que a parte restante tenha valor monetário diminuto em relação às demais, representando percentualmente menos de 10% (dez por cento) do montante envolvido no contrato, por exemplo, seria um contrassenso considerar a ocorrência de adimplemento substancial.

A essencialidade do restante para a satisfação do interesse do credor é o foco

²²³ Voto vencido do Ministro João Otávio de Noronha no REsp 1051270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011

de análise para a aplicação da teoria. Estabelecer, *a priori*, que uma prestação efetuada somente em quantidade ou qualidade menor ao convencionado configura ou não o adimplemento substancial é temerário. Melhor parece ser analisar o que fora descumprido em relação ao “total do negócio que se pretende extinguir e em relação à própria natureza da prestação, em vista do interesse do credor”²²⁴.

Anderson Schreiber aponta, em estudo sobre o tema, que o “atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial.”²²⁵ Tal afirmação encontra relevância especialmente se for tomada em conta a necessidade de se oferecer uma interpretação crítica ao desempenho jurisdicional²²⁶, afastando-se da leniência e combatendo arbítrios fundados puramente na consciência de julgadores, distanciados de considerações da teoria²²⁷.

Dentre os autores que trouxeram considerações mais específicas sobre a verificação da substancialidade do adimplemento²²⁸, Bussata, consignou o seguinte:

²²⁴ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

²²⁵ SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007, p. 20.

²²⁶ “Pero, aunque sea está una cuestión que ha de quedar confiada al prudente arbitrio judicial es misión de la doctrina científica formular algunas orientaciones de carácter general que ayuden al juez a determinar cuando el incumplimiento reviste una importancia suficiente para proceder a la resolución del contrato y cuando no.” (VIGARAY, Rafael Alvarez. **La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento**. Granada: Universidad de Granada, 1972. p. 128).

²²⁷ A propósito, cite-se o AgReg em EResp 279.889-AL, no ministro Humberto Gomes de Barros expressou repulsa à literatura jurídica, defendendo que a consciência do magistrado pode sobrepujá-la: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.” Ver, ainda, STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²²⁸ “Por conseguinte, não encontramos um critério objetivo exato para determinar a proporcionalidade razoável inserida no regime jurídico do adimplemento substancial, que coíbe a resolução contratual. O que existe é a mensuração deste elemento mediante à parte maior executada da prestação em relação ao contrato como um todo, refletindo em percentuais diversos caracterizadores do cumprimento próximo ao resultado pretendido, variando entre os critérios de mais de 50%; ou ausência da prestação em 30% ou 10% ou ainda na falta de cumprimento de uma parcela, etc.” (SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170); “O que a lei não esclarece, todavia, é até que ponto a prestação ainda será

[...] todo o estudo é centrado na substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, na insignificância do inadimplemento. Tais expressões são imprecisas e, por si sós, dizem muito pouco. Assim, a averiguação do(s) parâmetro(s) a ser(em) utilizado(s) pelo julgador para determinar se o inadimplemento é ou não de escassa importância constitui condição *sine qua non* para sua aplicabilidade e utilidade prática.²²⁹

Para o estudo da teoria, considerando ser o interesse ponto central na verificação da possibilidade de se considerar substancial o adimplemento, é necessário um aprofundamento do seu estudo, considerando alguns critérios integrantes do processo avaliativo de sua subsistência e, ainda, o que pode ser considerado como interesse juridicamente relevante.

útil para o credor, a partir do qual estará instalada a sua inutilidade. Esse silêncio legislativo, aliado à necessária análise casuística a ser conduzida pelo juiz, é fonte de desconforto e insegurança jurídica, uma vez que poderá ensejar decisões plúrimas e divergentes a respeito de pleitos resolutórios com características semelhantes entre si.” (FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88).

²²⁹ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106-107.

3 CRITÉRIOS PROPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Antes de quaisquer considerações, para que delas não se assuma uma busca por fórmula única para a configuração do adimplemento substancial, é importante que se reforce a advertência sobre a impossibilidade de precisão absoluta, em abstrato, de tal análise. Da mesma forma, deve ser reconhecida a possibilidade do uso desmedido da teoria, tornando-a unicamente um apoio hermenêutico sem sentido, para que vontades solipsistas sem fundamentação prevaleçam na análise do caso.

Para se evitar um déficit de legitimidade quando do tratamento de situações que possam envolver o adimplemento substancial, a análise deverá apresentar fundamentação objetiva e consistente, sob pena de constituir apenas uma alteração de lado, dentro da relação obrigacional, da desigualdade que se busca identificar e evitar.

A verificação da relevância do que se adimpliu há de ser feita diante de cada situação de fato, com todas as circunstâncias que lhe venham a ser peculiares, dentro da análise da complexidade, realidade factual e unidade do ordenamento. Tal advertência pode ser embasada em apontamento de Bussata, que, referindo-se primariamente ao critério matemático, aponta para a consideração de outros elementos²³⁰ decorrentes do caso concreto:

Pode-se pensar que o adimplemento de 95% do preço devido em decorrência do contrato de compra e venda pode ser considerado substancial [...]. Contudo, em algumas hipóteses, dependendo justamente dos interesses em discussão, dos motivos que levaram as partes a contratar, o descumprimento de 5% do pactuado pode ser considerado relevante.²³¹

Diante disso, alguns elementos se apresentam para a verificação, podendo ser encontrados tanto diretamente ou implicitamente nas normas nacionais, como em normas de outros ordenamentos ou, no âmbito supranacional, em normas ou proposições normativas.

²³⁰ O autor, na passagem apresentada, refere-se aos “motivos que levaram as partes a contratar”. Como se verá adiante é necessário que seja diferenciado o motivo da causa, para a verificação de substancialidade do adimplemento.

²³¹ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107-108.

3.1 Tempo, local e forma da prestação

O artigo 394²³², do Código Civil brasileiro apresenta três elementos – tempo, lugar e forma – que não podem ser ignorados, ainda que não sejam inteiramente suficientes, na aferição da qualidade do adimplemento, pois, em “último grau, útil será a prestação que, tendo adequação temporal, espacial e modal, venha a satisfazer substancialmente o interesse do credor”²³³. Não há como se fazer, portanto, uma análise linear de tais parâmetros para a verificação de substancialidade, vez que cada um dos três pode se desdobrar em outros.

Quanto ao tempo, a obrigação pode ser violada por duas hipóteses distintas. Na primeira, por violação do termo estabelecido como essencial, estaria afastada, *a priori*²³⁴, a aplicação da teoria do adimplemento substancial, pois já teria sido definida, contratualmente (objetivamente, portanto), a inutilidade posterior àquele tempo. Na segunda hipótese, a mora chegaria a tal ponto que esfacelaria o interesse do credor²³⁵ na obtenção da prestação, e é este segundo aspecto que necessita de complementação por elementos que aclarem o limiar da existência e inexistência de interesse, a justificar a rejeição de determinada prestação e, em último caso, a resolução da relação.

O lugar da prestação também é ponto de passagem necessário à verificação da qualidade do adimplemento. Sem desconsiderar a diferenciação existente entre as obrigações portáteis e quesíveis, remete-se à casuística para apontar como pode ser fluído o campo da substancialidade do adimplemento em razão do lugar da prestação.

Para tanto, tome-se como exemplo o caso de determinada prestação, portátil, a ser cumprida em uma das filiais de uma empresa e que venha a ser cumprida em filial diversa.

²³² Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

²³³ FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

²³⁴ Indica-se, *a priori*, pois a cláusula que define como essencial o termo, como todas as demais em um contrato, é, ao menos em tese, passível de análise e eventual revisão judicial.

²³⁵ “[...] a mora, quando ocasionada pelo não cumprimento da obrigação no prazo devido, fará desaparecer a utilidade da prestação sempre que a dilação temporal impossibilitar o alcance dos resultados práticos até momento decisivo incorporado na finalidade do contrato – o que, não ocorrendo, mantém-se passível de purgação.” (FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100).

Pode se visualizar nitidamente a diferença havida caso tal prestação seja cumprida em filial localizada em outro estado ou região do país, de modo que o reparo desta imperfeição – a transferência do objeto até a filial na qual deveria ter sido cumprida – demande um tempo ou gasto financeiro que a torne desinteressante ao credor, podendo ser verificada, com mais facilidade, a possibilidade de resolução do que no caso da prestação ter sido cumprida em filial situada em município contíguo, sendo de fácil e rápido transporte até a filial estabelecida originariamente no contrato.

Nos exemplos, apresentam-se situações extremas, nas quais a verificação da possibilidade de subsistência ou não do interesse é mais simples. O problema quanto à teoria do adimplemento substancial, em relação ao elemento espacial, se situa em uma zona gris, indefinida. Como se disse, são caminhos para a verificação, mas não suficientes autonomamente.

No que se refere à forma da prestação, pode-se dividi-la em dois aspectos, o primeiro, quantitativo e o segundo, qualitativo.

O aspecto usualmente predominante na verificação da substancialidade do adimplemento no Brasil tem sido, como demonstrado no capítulo anterior, o quantitativo, muito embora sem justificativas sólidas e claras para tanto. Tal prevalência parece ter obscurecido a análise de outros critérios, especialmente os relacionados à qualidade da prestação.

Ainda em relação ao artigo 394, do Código Civil de 2002, é de se ressaltar que indica a constituição em mora daquele que não cumprir sua obrigação no tempo, lugar e forma²³⁶ que a lei ou convenção estabeleça. Assim, a mora pode vir de inobservância à lei, o que atrai, para o campo de análise, a conduta dos integrantes da relação obrigacional, em razão dos artigos 421 e 422, do Código Civil.

Tais disposições, legais (como requer o artigo 394), falam em exercício – conduta, portanto – da liberdade de contratar em razão e nos limites da função social, bem como da probidade e boa-fé, não se podendo descurar do

²³⁶ “[...] não merece prosperar o posicionamento doutrinário que alega existir uma certa prevalência do aspecto temporal sobre os relativos ao lugar e à forma da prestação – pelo que o cumprimento no lugar ou na forma indevidos até poderiam configurar a mora, mas desde que a execução estivesse também atrasada. O argumento acaba por esvaziar a importância do lugar e da forma como critérios para a configuração da mora, tornando-os meramente subsidiários.” (FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81-82).

comportamento dos contratantes na aferição razoável²³⁷ da substancialidade.

Portanto, o agir das partes que venha a ser contra a função social do contrato e a boa-fé, neste último aspecto, especialmente em relação aos deveres de colaboração e cooperação, torna possível a resolução do contrato por inadimplemento.

3.2 O comportamento dos contratantes

Retomando e levando em consideração o que fora abordado no primeiro capítulo, especialmente em relação aos deveres anexos, oriundos da observância necessária da boa-fé, há de se apontar que o caminho para verificação da subsistência do interesse deve levar em conta o efetivo comportamento dos envolvidos no desenvolvimento da relação contratual.

Seria incongruente às bases normativas regentes das relações privadas que se pudesse avalizar a ruptura de um comportamento exigido nelas, independente de atingir o interesse central da obrigação ou não. Em tais relações está contida uma expectativa consistente na adoção de posturas mínimas, que são moldadas durante o seu desenvolvimento, passando a integrá-la.

Em algumas configurações fáticas, o agir das partes pode ser o fator decisivo na avaliação da substancialidade, como quando dele se defina que determinado comportamento pressupõe a manutenção do interesse, ou seja, funcionando como pressuposto negativo da resolução, conforme visto no exemplo trazido por Pedro Romano Martinez:

Assim, se depois de ter tido conhecimento do defeito, introduzir alterações na coisa, designadamente transformando-a ou

²³⁷ Rubem Alves afirma que nenhuma “teoria invocará, como credencial, a possibilidade de se provar a sua veracidade. Não se pode, de forma alguma ou por método algum, chegar à conclusão acerca de sua veracidade. [...] Assim, o cientista pode ter certeza quando a teoria é declarada falsa, mas nunca pode ter certeza quando ela é declarada verdadeira.” (ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**: introdução ao jogo e suas regras. Brasília: Editora Brasiliense. 1981. p. 146 - 147). Tal passagem demonstra que a certeza, na investigação científica, encontra-se em uma resposta negativa à indagação feita e que, havendo resposta positiva, só se pode afirmar que até aquele ponto, com os dados obtidos até então, há a possibilidade, maior ou menor, de se estar diante de uma afirmativa absoluta. Transportando a ideia para a análise feita neste trabalho, é de se dizer que a verificação do comportamento dos integrantes da relação obrigacional pode levar à certeza de não ser substancial o adimplemento, mas, em relação a sê-lo, poderá chegar, no máximo, a uma aproximação que, dentro da razoabilidade, justifique a aplicação da teoria para impedir a resolução. Por isso, falar em aferição absoluta de substancialidade seria imprudente. Melhor que se fale em aferição razoável de substancialidade.

continuando a utilizá-la, dando a aparência de não a querer rejeitar, a resolução seria entendida como um “venire contra factum proprium” e, nessa medida, ilícita.²³⁸

É o que Gabriel Furtado defende, ao consignar que ao credor será negado o direito de resolver o contrato quando “seu comportamento pretérito (*factum proprium*) tiver feito surgir legitimamente no devedor a expectativa de que não o faria, salvo expressa autorização”²³⁹.

Tal aspecto de consideração, como já indicado no capítulo anterior, parece estar florescendo no seio do Superior Tribunal de Justiça, ainda que, por hora, constante unicamente em voto vencido.

No caso apontado²⁴⁰, tratava-se de ação de reintegração de posse, ensejada por inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil, no qual havia inadimplência relativa que rodeava, quantitativamente, os 14% (quatorze por cento) do total avençado, incluído aí o valor residual garantido.

O juízo de primeiro grau, entendendo que o adiantamento do valor residual garantido descaracterizaria o contrato de arrendamento mercantil, julgou improcedente o pedido de reintegração.

Interposto recurso de apelação, lhe foi negado provimento, sob o argumento que atentaria contra a boa-fé a reintegração do bem à arrendadora quando o contrato de arrendamento mercantil está substancialmente adimplido, já que importaria em medida impositiva de lesão desproporcional ao outro contratante.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, em sede de Recurso Especial, confirmou o acórdão, mantendo a aplicação da teoria do adimplemento substancial, consignando, dentre as razões do voto condutor, o seguinte:

Vale dizer que, para a resolução do contrato pela via judicial, há de se considerar não só a inadimplência em si, mas também o adimplemento da avença durante a normalidade contratual. A partir desse cotejo entre adimplemento e inadimplemento é que deve o juiz aferir a legitimidade da resolução do contrato, de modo a realizar, por outro lado, os princípios da função social e da boa-fé objetiva.²⁴¹

²³⁸ MARTINEZ, Pedro Romano. **Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 301.

²³⁹ FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110.

²⁴⁰ REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011.

²⁴¹ Voto vencedor no REsp 1051270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011.

Pela passagem, percebe-se a consideração, em tese, do comportamento das partes durante a normalidade contratual, durante o desenvolvimento da relação.

Entretanto, o restante do voto ateve-se ao critério matemático – “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” – para definir a substancialidade.

Válido para a pesquisa é o voto vencido no julgamento²⁴², que fez relevantes considerações sobre o comportamento das partes.

Apresentou-se, nas razões daquele, tese sobre a impossibilidade de ter-se como substancialmente adimplida a obrigação pois, considerando-se a predisposição das partes para o efetivo cumprimento do contrato, levando em conta, para tanto, que a boa-fé deve ser uma via de mão dupla, ainda que o parâmetro matemático fosse suficiente para determinar a substancialidade, o parâmetro comportamental, no caso analisado, seria impediante a tanto.

E isso se daria pelo fato de não ter restado demonstrado, pela conduta da parte devedora, nenhum esforço no sentido de quitar o débito por ela mesma reconhecido, pois desde a apresentação da contestação à ação de reintegração de posse vinha sendo alegada a existência de outras vias que permitam ao credor cobrar a dívida, sem ofender a posse mansa e pacífica do devedor, e que somente isso, sem alguma medida concreta tendente a saldar o débito, não seria suficiente para a aplicação da teoria.

Outro caso, que pode ser apontado como relevante por ter sido a teoria do adimplemento substancial invocada pelo credor, visando impedir a resolução do contrato e a consequente devolução das prestações já pagas pelo devedor, foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul²⁴³.

Neste caso, o autor firmou instrumento particular de promessa de compra e

²⁴² Voto vencido do Ministro João Otávio de Noronha no REsp 1051270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011.

²⁴³ EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C EXTINÇÃO DE VALORES – PRETENDIDA MANUTENÇÃO DO CONTRATO – PAGAMENTO DA MAIOR PARTE DO DÉBITO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL – QUITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO – CONTRATO CUMPRIDO – RECURSO PROVIDO.

Mostra-se viável a aplicação da Teoria do Adimplemento substancial havendo o cumprimento significativo e expressivo das obrigações assumidas, tendo como propósito principal a preservação do interesse do consumidor contra eventuais abusos por parte do credor, sempre em observância aos princípios da função social e da boa-fé objetiva, não se admitindo, assim, a rescisão do contrato.” (Ap. 0049697-36.2007.8.12.0001, TJMS - 4ª Câmara Cível. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 29/1/2013).

venda de um imóvel com a empresa ré, que deveria ser pago com uma entrada e mais 141 (cento e quarenta e uma) prestações mensais, consecutivas e reajustáveis.

A ré cumpriu integralmente o contrato. O autor, por sua vez, após o pagamento de 136 (cento e trinta e seis) parcelas alegou que, por dificuldades financeiras, não conseguiria mais pagar as 5 (cinco) prestações finais, pedindo a resolução do contrato, por inadimplemento próprio, com a devolução para si dos valores pagos, devidamente corrigidos. Por ter considerado o montante oferecido pela empresa insuficiente, ingressou com tal pedido em juízo.

Em sua defesa, a empresa ré – adimplente com suas obrigações, suscitou aplicação da teoria do adimplemento substancial para a manutenção do vínculo contratual, tendo em vista a insignificância do que ainda restava a ser cumprido por parte do autor. Informou, também, que deixaria de exigir o valor referente ao débito ainda existente, oferecendo termo de quitação e documento de autorização para a transferência do imóvel para o nome do autor.

O juízo singular julgou procedente em parte o pedido inicial para, no que importa ao presente estudo, reconhecer o desfazimento da relação contratual até então existente entre as partes, reintegrando a construtora ré na posse da coisa depois de promovida a restituição dos valores pagos pelo autor, que deveriam ser corrigidos monetariamente, a partir do desembolso, e acrescidos de juros de mora, excluído o sinal dado no negócio.

Estranhamente, nas razões de tal provimento de primeiro grau se incluiu que “a aludida teoria, também conhecida como *substancial performance*, não se aplica ao caso, onde a própria parte confessadamente inadimplente pleiteia o fim da avença”²⁴⁴.

O Tribunal, ao analisar o recurso de apelação da empresa ré, entendeu por prejudicada a análise de mérito, diante da informação que esta deixaria de exigir o valor referente ao débito ainda existente.

Entretanto, foi tomada em consideração a atuação da apelante de acordo com o prelecionado pela boa-fé, pois, mesmo diante da inadimplência do autor, sequer teria ventilado nos autos a possibilidade de cobrança de indenização por perdas e danos e juros relativos às parcelas não pagas, além de ter, por conta própria, dado

²⁴⁴ Extraído do voto da Ap. 0049697-36.2007.8.12.0001, TJMS - 4ª Câmara Cível. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 29/1/2013.

quitação à dívida, sem que isso tivesse sido requerido pelo devedor.

Tais julgados bem exemplificam configurações fáticas nas quais a análise para a aplicação da teoria do adimplemento substancial deva se valer necessariamente de critérios outros que não exclusivamente os quantitativos.

Independente da valoração pessoal das razões vencidas no julgado do Superior Tribunal de Justiça ou da perda de objeto no caso do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, reside, nos exemplos reais trazidos, um importante apontamento sobre a necessidade de avaliação, juntamente com outros elementos, do efetivo comportamento das partes e sua consonância com a boa-fé objetiva e a função social que se impõe aos contratos.

E, em tal valoração, deve se levar em conta tanto o comportamento positivo – o que devem as partes efetivamente fazer, quanto o negativo – o que devem as partes se abster.

Tais condutas avaliadas não dependem do tipo de obrigação assumida, de modo que em uma obrigação de dar – comportamento positivo, a depender da configuração fática e dos deveres daí surgidos, pode-se exigir um comportamento negativo, como o de não oferecer aquela mesma coisa a terceiros, ou, ainda, não deteriorá-la propositadamente, visando prejudicar a contraparte. Isso pode ser resumido nos dizeres de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Interessa saber se o devedor deixou escoar sucessivos prazos sem adotar providências úteis; não tomou as precauções necessárias que o caso recomendava; evidenciou ausência de condições para o cumprimento; não se propõe, de modo efetivo e seguro, ao pagamento tardio, ainda útil. De sua parte, o credor pode ter colaborado, conscientemente ou não, para a inadimplência, omitindo-se em fornecer o pagamento ou a quitação, exigindo acréscimos indevidos, recusando inflexivelmente opções de cumprimento propostas pelo devedor etc.²⁴⁵

O que se visa com a análise do comportamento dos contratantes no surgimento, desenvolvimento e conclusão da relação obrigacional é, portanto, verificar se a confiança, se as justas expectativas criadas pelas partes, uma na outra, foram resguardadas de modo a garantir a satisfação dos interesses.

²⁴⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 133-134.

3.3 A fundamentalidade do objeto em relação aos contratantes

Além dos requisitos já apresentados, há de ser observado que, “em determinados contextos, o bem alcançado pelo contrato relaciona-se diretamente à realização de *direitos fundamentais* que devem ser tutelados”.²⁴⁶

Tal ideia, sob a denominação de paradigma da essencialidade, foi apresentada por Teresa Negreiros, contendo, inicialmente, o seguinte:

[...] a caracterização do bem contratado – como bem essencial, útil ou supérfluo – deve, sim, ser considerada um fator determinante da disciplina contratual, influenciando sobre a forma como hão de ser conciliados os novos princípios contratuais, de índole intervencionista, e os princípios clássicos, finalizados à proteção da liberdade contratual.²⁴⁷

A proposta da autora é de se valer de elementos já constantes no Código Civil, notadamente da mesma lógica que embasa a valoração das benfeitorias, ou seja, com base na utilidade e não em seu valor patrimonial, sendo o fator de definição de essencialidade sua relação com o bem a qual foram introduzidas. Desta forma, a mesma “lógica presente na tripartição das benfeitorias deverá, em razão e na medida das necessidades *existenciais* – isto é: *da pessoa* –, traduzir-se na distinção entre bens *existencialmente* essenciais, úteis ou supérfluos”.²⁴⁸

A classificação se assemelha ao que Alcides Tomasetti Junior propõe como bens de consumo, que seriam os relacionados ao ser e não ao ter²⁴⁹, ou, ainda, às ideias de Luiz Edson Fachin:

[...] o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É

²⁴⁶ CAVALLI, Cássio. **Mora e utilidade**: os Standards da utilidade no modelo jurídico da mora do devedor. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 136.

²⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 388.

²⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 391.

²⁴⁹ Para o autor, os bens de consumo referem-se à “totalidade existencial irreduzível, tanto individual como socialmente necessária; importa, para o seu titular, a garantia de autopreservação, de autoafirmação e da própria autodeterminação enquanto pessoa, isto é, enquanto ser que implica um fim em si mesmo, e que, portanto, não pode meramente instrumentalizar-se a fins alheios”. (TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. In: **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 126, p. 123-127, 2002. p. 125).

um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo²⁵⁰.

É de se reconhecer que a essencialidade pode ser encontrada em alguns dispositivos normativos, como, por exemplo, o bem de família, caracterizado pela Lei nº 8.009/90 como essencial por sua função em relação à pessoa – imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, estendendo-se, por interpretação do Superior Tribunal de Justiça²⁵¹, também ao imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

Além disso, a própria Constituição de 1988 hierarquiza determinadas necessidades, sob diversos aspectos. Considera, por exemplo, a essencialidade de serviços ou atividade, com o fito de mantê-los atendidos durante greves²⁵², ou, ainda, referindo-se a ela como parâmetro de tributação²⁵³.

Ao mencionar diretamente o paradigma da essencialidade, relacionando-o ao incumprimento das obrigações, Judith Martins-Costa defende a ideia, nos seguintes termos:

[...] a necessidade, a essencialidade do bem tutelado pelo contrato para as partes também tem que ser levada em conta na análise da utilidade ou da inutilidade da prestação em mora. Pensem nos contratos de seguro de vida ou de seguro-saúde, os contratos educacionais ou de fornecimento de água, de energia, de transporte coletivo, de aquisição de moradia etc. O parâmetro da essencialidade tem que ser levado em conta também para mensurar a utilidade ou inutilidade da prestação.²⁵⁴

Mas, ainda que existam indicativos normativos, não há, por eles, como se definir unívoca e aprioristicamente, o que seria a essencialidade.

²⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 280-281.

²⁵¹ “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.” (STJ Súmula nº 364 - 15/10/2008 - DJe 03/11/2008).

²⁵² CF/88 – Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

²⁵³ CF/88 – Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] IV - produtos industrializados; [...] § 3º - O imposto previsto no inciso IV: I - será seletivo, em função da essencialidade do produto; Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...] § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

²⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 95-113, fev./jun. 2002. Edição especial, parte 1, p. 105.

Especificamente quanto aos contratos, compete ao interprete diferenciar as avenças que contenham interesses extrapatrimoniais daqueles em que as obrigações assumidas sirvam unicamente para a satisfação de interesses patrimoniais, buscando realizar a averiguação em razão do grau de imprescindibilidade da sua aquisição ou utilização pessoal para a conservação de um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita²⁵⁵. E, dentro das relações que envolvam interesses patrimoniais, identificar aquelas qualificadas em função da utilização existencial do bem contratado²⁵⁶, igualmente merecedoras de tutela diferenciada.

Não se propõe, como poderia parecer na atual sociedade de consumo exacerbado e, por vezes, desmotivado, a categorização de quaisquer bens, especialmente aqueles normalmente supérfluos ou voluptuários, no conceito trabalhado. A ideia propõe justamente o caminho inverso, no qual a análise parte da utilização efetiva do bem e sua eventual ligação com a dignidade do usuário.

A utilidade destas observações reside na possibilidade de se impor às concepções eminentemente liberais do contrato “uma espécie de trincheira, atrás da qual sejam resguardadas as conquistas advindas da socialização do contrato em face das pressões liberalizantes trazidas pela retórica da globalização”²⁵⁷.

Percebe-se, assim, não ser a essencialidade a que refere o direito positivo, pré-definida ou, ainda, integrante de um rol cerrado.

No presente estudo, como mais adiante será apresentado e analisado o caráter da essencialidade da prestação em relação ao programa contratual, se propõe, de forma a afastar confusões conceituais, tratar do paradigma da essencialidade sob a denominação de *fundamentalidade*, por se referir à expressão e garantia aos direitos fundamentais por meio dos contratos.

3.4 Garantias contratuais, patamares de adimplemento legalmente estabelecidos e a substancialidade

Ainda quanto à análise de substancialidade é relevante mencionar que existem alguns dispositivos legais que estabelecem expressamente patamares de pagamento como requisito para determinado efeito jurídico. Estando envolvida no

²⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 461-463.

²⁵⁶ Teresa Negreiros ressalta que a hierarquia estabelecida entre as situações existenciais e patrimoniais, não são, necessariamente, dicotômicas, o que se observa quando certos bens patrimoniais fazem parte do substrato da realização existencial, o que vem a criar um terreno comum entre as esferas, da mesma forma como a tutela da dignidade não é oposta à tutela do patrimônio. A diferença é de cunho qualitativo. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 462).

²⁵⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 492-493.

adimplemento substancial a emanção de efeitos a partir de certo patamar do cumprimento da obrigação, ainda que inferior àquele estabelecido contratualmente, vale analisar alguns dos dispositivos com as características mencionadas, relacionando-os com a teoria em estudo.

Inicialmente, destaca-se o penhor, à anticrese e à hipoteca, sobre os quais o artigo 1.419, do Código Civil de 2002, diz que nas dívidas garantidas por tais modalidades, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação²⁵⁸. Há ainda, na falência, previsão de extinção das obrigações do falido com o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários²⁵⁹.

Ambas as hipóteses trazem especificações quantitativas – metade e a totalidade do pagamento devido – para extinção das obrigações ou liberação do bem dado em garantia e, muito embora possam parecer incompatíveis com a ideia do adimplemento substancial em uma análise apressada, não o são.

O adimplemento substancial visa impedir o exercício desmedido do direito à resolução da relação contratual, remetendo o credor, na busca do que lhe é devido, a outras vias, com resultados práticos equivalentes ao do adimplemento²⁶⁰, porém, menos gravosas ao devedor.

Especificamente em relação ao penhor, à anticrese e à hipoteca, a aplicação da teoria do adimplemento substancial ao contrato cujo cumprimento esteja garantido por tal modalidade não terá como consequência seu desaparecimento. Ao contrário, um dos fundamentos da teoria do adimplemento substancial é a conservação do contrato, remetendo-o ao seu fim esperado tanto quanto possível. A existência de garantias reais só facilita a aplicação da teoria, pois representa via segura prevista como meio alternativo de satisfação do crédito, que não a resolução. Nas palavras de Schreiber:

[...] a tendência tem sido, hoje, a de perquirir, em cada caso concreto, a existência de outros remédios capazes de atender ao

²⁵⁸ Código Civil de 2002, Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

²⁵⁹ Lei nº 11.101/09 - Art. 158. Extingue as obrigações do falido: [...]

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

²⁶⁰ CPC – 1973. Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

interesse do credor (e.g., perdas e danos), com efeitos menos gravosos ao devedor – e a eventuais terceiros afetados pela relação obrigacional – que a resolução do vínculo.²⁶¹

A teoria do adimplemento substancial não obsta a satisfação do crédito. Apenas remete aos meios, dentre os possíveis, menos gravosos, como, alias, já faz o Código de Processo Civil, em seu artigo 620 (artigo 805, do CPC de 2015)²⁶². Se houver apenas uma solução para a satisfação do crédito, é a que se deverá utilizar.

A garantia não tem razão de existir de forma autônoma, pois deve estar relacionada com outro vínculo obrigacional, principal. Por isso, não se pode cogitar a aplicação da teoria diretamente em relação à garantia. O que poderá ocorrer é incidir no contrato ao qual a garantia se vincula, evitando sua resolução, de forma que não sejam necessárias restituições recíprocas para retornar o *status* anterior, o que poderá minorar os prejuízos potencialmente surgidos da resolução.

Assim, a necessidade de cumprimento da obrigação para o fim da sujeição do bem, como elencada no artigo 1.419, do Código Civil de 2002, não pode ser afastada ou flexibilizada diretamente pela teoria, pois se trata de garantia voluntariamente oferecida e que pode prorrogar-se até 30 (trinta) anos da data do contrato²⁶³, justamente para o caso de descumprimento da integralidade das obrigações surgidas em função do contrato que garante.

Se isso não fosse o bastante, o mencionado artigo consubstancia previsão expressa e específica, de forma a ser capaz, também por tal razão, de afastar a aplicação da teoria diretamente à garantia.

Já em relação ao direito falimentar, por haver previsão expressa, pela qual há extinção das obrigações do falido com o pagamento de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, depois de realizado todo o ativo, também não parece comportar a aplicação da teoria do adimplemento substancial. E isto por dois motivos aparentes.

O primeiro deles, comum à inaplicabilidade da teoria diretamente as garantias contratuais como penhor, anticrese e hipoteca, é que existe previsão legal expressa

²⁶¹ SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: **Revista trimestral de direito civil**: RTDC, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007, p. 21.

²⁶² CPC – Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

²⁶³ Código Civil de 2002. Art. 1.485. Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. [...].

em que se estabelece como suporte fático à extinção das obrigações do falido um patamar determinado de adimplemento.

Em segundo lugar, por configurar a extinção das obrigações do falido mediante o pagamento de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários situação excepcional, na qual diversos interesses já foram potencialmente desatendidos, a hipótese de flexibilizar ainda mais a exceção ao adimplemento integral contida no artigo 158, II, da lei 11.101/05, não parece atender a uma das premissas da teoria do adimplemento substancial, que é a função social do contrato.

De modo geral, pode se dizer que a teoria do adimplemento substancial encontra aplicação, em regra, quando não houver previsão legal específica para o caso, que estabeleça, como suporte fático, um patamar determinado do cumprimento da obrigação, para que sejam deflagrados efeitos específicos.

3.5 Critérios em normas e proposições normativas internacionais e supranacionais

Atentando novamente para além das fronteiras do direito brasileiro, existem alguns dispositivos normativos e proposições que se ocupam em guiar a investigação da substancialidade do adimplemento. Como já demonstrado, diversos sistemas normativos reconhecem expressamente a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial e, por isso, importaram-se também com a tentativa definir seus limites positivos e negativos.

3.5.1 Inglaterra e Estados Unidos da América

Nos sistemas inglês e estadunidense, ambos de *commow law*, são indicados, como parâmetros de aplicação da teoria do adimplemento substancial, três fatores²⁶⁴.

Um deles consiste na insignificância do inadimplemento, ou seja, que o resultado alcançado seja tão próximo ao pretendido pelo programa contratual, que não se abale o caráter sinalagmático.

O seguinte é a satisfação do interesse do credor, que não pode ser atingido

²⁶⁴ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993, p. 63-65.

de forma a perder-se, para ele, a utilidade que normalmente pode se esperar do contrato.

Por último, deve ser observada a diligência do devedor no desenvolvimento da obrigação, não se admitindo a aplicação da teoria, caso este se mostre desinteressado no cumprimento da obrigação que assumiu.

Especificamente quanto aos Estados Unidos da América, remetendo-se novamente ao *Uniform Commercial Code (UCC)*, as hipóteses de inadimplemento que geram a *cancellation*²⁶⁵ levam a diferentes e graduadas sanções, que são, de acordo com a seção 2-616, aplicadas na proporcionalidade do dano que venha a ser gerado²⁶⁶.

De acordo com a mencionada seção, estaria o credor autorizado a recusar quaisquer partes de determinado acordo que não fossem executadas ponto a ponto como previstas no contrato, mas somente se tal desconformidade reduzir o valor do contrato globalmente considerado.

Especificamente quanto aos critérios valorativos da gravidade da inexecução, o *Uniform Commercial Code* não traz elementos objetivos de aferição, sendo necessário remeter ao conceito de *material breach*. Neste sentido, vale trazer alguns

²⁶⁵ Tratando sobre o Uniform Commercial Code, Vivien Lys Porto apresenta a distinção entre *termination* e *cancellation*: "Dentro dessa estrutura do cumprimento das obrigações, o UCC, em seus §§ 2.106 e 2.711 e 2.712, apresenta uma distinção clara dos institutos jurídicos *termination* (término) do contrato e *cancellation* (extinção por inadimplemento) do contrato, que representam a quebra do programa contratual destinado ao adimplemento. Consoante apregoa o parágrafo 2.106 a *termination* ocorre quando ambas as partes, de acordo com o que lhes faculta a lei ou o contrato, decidem por fim ao contrato, por outra forma que o não cumprimento (... *otherwise than for its breach*). As partes ficam isentas de todas as obrigações, ainda por cumprir, mas nenhum direito, baseado em anterior quebra ou mau desempenho, sobrevive. Por outro lado, a *cancellation*, prevista no § 2.711, é configurada quando uma das partes põe fim ao contrato, por inadimplemento essencial da prestação em razão do descumprimento de obrigação fundamental, praticada por um dos contratantes, justificando a resolução do contrato, podendo a parte adimplente pleitear as sanções por inadimplemento, podendo executar as penalidades oriundas do contrato ou da lei como prerrogativa do próprio contrato celebrado." (SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41).

²⁶⁶ Uniform Commercial Code, § 2-612

(1) An "installment contract" is one which requires or authorizes the delivery of goods in separate lots to be separately accepted, even though the contract contains a clause "each delivery is a separate contract" or its equivalent.

(2) The buyer may reject any installment which is non-conforming if the non-conformity substantially impairs the value of that installment and cannot be cured or if the non-conformity is a defect in the required documents; but if the non-conformity does not fall within subsection (3) and the seller gives adequate assurance of its cure the buyer must accept that installment.

(3) Whenever non-conformity or default with respect to one or more installments substantially impairs the value of the whole contract there is a breach of the whole. But the aggrieved party reinstates the contract if he accepts a non-conforming installment without seasonably notifying of cancellation or if he brings an action with respect only to past installments or demands performance as to future installments.

apontamentos presentes no *Restatement of the Law of Contract*, do *American Law Institute*, que retrata, de forma unificada, critérios influenciadores na formação do conceito de *material breach*:

§ 275 – Na determinação da materialidade de uma falha total em cumprir uma promessa as seguintes circunstâncias são influentes:

- (1) A medida em que a parte lesada obterá a vantagem substancial que ele poderia razoavelmente antecipar;
- (2) A medida em que a parte lesada poderá ser adequadamente compensada por prejuízos em razão da falta de cumprimento completo;
- (3) A medida do que a parte inadimplente já prestou ou fez preparativos para prestar;
- (4) A maior ou menor dificuldade da parte inadimplente em cumprir o contrato.
- (5) O comportamento intencional, negligente ou inocente da parte que não executar.
- (6) A maior ou menor a incerteza de que a parte inadimplente irá executar o restante do contrato.²⁶⁷

Os elementos apresentados pelo Instituto de Direito Americano configuram uma espécie de guia para a verificação da substancialidade do adimplemento, entretanto, muito embora ajudem na valoração, é de se observar que “estes não são elementos precisos, necessitando de alguma valoração sob os pilares do princípio da boa-fé objetiva”²⁶⁸.

3.5.2 Itália, Portugal, Alemanha e Argentina

Os estudiosos dos países que adotam o sistema de *civil law* e reconhecem expressamente a teoria do adimplemento substancial também se debruçam sobre a busca de critérios para a definição de substancialidade.

Na Alemanha, o critério apontado por Larenz é aberto, ao defender que não se deve recusar aquela prestação oferecida de modo incompleto, quando nela se

²⁶⁷ Tradução livre. No original: § 275 – In determining the materiality of a failure fully to perform a promise to following circumstances are influential: (1) The extent to which the injured party will obtain the substantial benefit which he could reasonably anticipate; (2) The extent to which the injured party may be adequately compensated in damages for lack of complete performance; (3) The extent to which the party failing to perform has already partly performed or made preparations for performance; (4) The greater or less hardship on the party failing to perform in terminating the contract; (5) The willful, negligent, or innocent behavior of the party failing to perform; (6) The greater or less uncertainty that the party failing to perform will perform the remainder of the contract.

²⁶⁸ Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos**: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

observar pequena falta em relação ao todo, e sem que exista interesse objetivamente fundado que se oponha à aceitação²⁶⁹.

Vivien Lys Porto, mencionando critérios de avaliação do adimplemento no direito alemão, ensina:

[...] a jurisprudência alemã, na caracterização do adimplemento substancial, considera não unicamente os interesses do credor, mas também o fim do contrato, adotando esse critério objetivo como critério basilador da extensão da inexecução. Por conseguinte, há a coibição máxima da prevalência dos interesses egoísticos das partes, sendo a preservação do negócio jurídico o lema perseguido.²⁷⁰

Em relação ao ordenamento italiano, Pamela Schimperna aponta dois critérios principais. Um, de cunho objetivo e predominante na literatura jurídica italiana, consistente na interdependência funcional das obrigações e o abalo que o inadimplemento causou na economia do contrato. O outro, de caráter subjetivo, que remete à vontade presumida dos contratantes, verificando se a parte adimplente, ciente do eventual inadimplemento, ainda contrataria²⁷¹.

Ruy Rosado de Aguiar Junior, em passagem sobre a definição do adimplemento de *scarsa importanza* no ordenamento italiano, consignou o seguinte:

[...] a jurisprudência e a doutrina italianas têm fixado três critérios para definir o que seja inadimplemento de não escassa importância, em vista do interesse da outra parte: ou se leva em consideração (a) a causa do contrato ou (b) o equilíbrio das prestações, ou (c) os motivos individuais expressos ou implícitos. A opinião largamente aceita na doutrina recomenda que a importância do adimplemento seja aferida segundo critério objetivo, fundado na equivalência entre prestação e contraprestação²⁷².

²⁶⁹ “Así, no se debe rechazar una prestación que le sea ofrecida no en su totalidad, como dispone el § 266, pero en que solamente falta una parte pequeña en relación con el todo, y sin que haya interés alguno objetivamente fundado que se oponga a la aceptación de la parte (mayor) ofrecida.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. t. 1. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 150).

²⁷⁰ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

²⁷¹ SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. In: **Giustizia Civile**, Milano: Giuffrè, v. 35, p. 497-514, out.1985, p. 501.

²⁷² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 101.

Schimperna aponta, ainda²⁷³, alguns dispositivos do código civil italiano, relativos a escassa ou não importância do inadimplemento²⁷⁴, dentre os quais aquele que considera de escassa importância a falta de pagamento de uma só parcela que não exceda a oitava parte do preço total.

Disposição no mesmo sentido reside no artigo 934º, do Código Civil português:

Artigo 934º. Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativa às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário.

Mário Júlio de Almeida Costa, referindo-se à parte final do artigo 934º – *sem embargo de convenção em contrário* –, defende que a imperatividade ali constante se refere a uma proteção mínima conferida ao devedor, só podendo as partes estipular regime mais vantajoso do que a disposição legal²⁷⁵.

Já a Argentina, um dos países com reconhecimento expresso mais recentes²⁷⁶ em relação à teoria do adimplemento substancial, parece ter se baseado nas disposições constantes no artigo 7.3.1, dos Princípios do UNIDROIT e no artigo 8:103, dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos.

Assim, no artigo 1.084²⁷⁷, do Código Civil e Comercial, consta que, para os

²⁷³ SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. In: **Giustizia Civile**, Milano: Giuffrè, v. 35, p. 497-514, out.1985, p. 502-503.

²⁷⁴ Artigos 1525 (Inadempimento del compratore); 1564 (Risoluzione del contratto); 1668 (Contenuto della garanzia per difetto dell'opera); 1877 (Risoluzione del contratto di vitalizio oneroso) e 1924 (Mancato pagamento dei premi).

²⁷⁵ “O art. 934.º é imperativo, pelo que toca à protecção mínima dispensada ao comprador. Quer dizer, a defesa nele estabelecida não pode ser prejudicada por acordo das partes, embora estas tenham a faculdade de estipular um regime mais favorável ao comprador do que o previsto no referido preceito.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 915).

²⁷⁶ O novo Código Civil e Comercial argentino foi promulgado em 8 de outubro de 2014, com vigência a partir do dia primeiro de agosto de 2015.

²⁷⁷ ARTÍCULO 1084.- Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

- a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato;
- b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor;
- c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar;
- d) el incumplimiento es intencional;

fins da resolução, o inadimplemento deve ser essencial, tendo em conta a finalidade do contrato.

As alíneas do mencionado artigo cuidaram de tratar de hipóteses nas quais se considera essencial o descumprimento: a) o estrito cumprimento da prestação seja fundamental dentro do contexto do contrato; b) o cumprimento tempestivo da prestação seja condição da subsistência do interesse do credor; c) o descumprimento prive a parte prejudicada do que substancialmente tem direito de esperar; d) descumprimento seja intencional e; e) o descumprimento tenha se apresentado por uma manifestação séria e definitiva do credor.

Muito embora o avanço no tratamento do tema seja notável, é de se ressaltar a infeliz impressão extraída da leitura dos artigos 1.086²⁷⁸ e 1.088, alínea “a”²⁷⁹, do mesmo diploma, pela qual se parece estabelecer uma restrição à aplicação dos efeitos do adimplemento substancial, constante no artigo 1.084, somente aos casos em que não haja nenhuma condição resolutiva expressa.

Os critérios objetivos constantes nos ordenamentos citados certamente são de valia aos intérpretes, na medida em que concretizam, nos casos especiais a que se referem, aquilo que se possa considerar como adimplemento substancial, entretanto, atentando para a axiologia basilar do adimplemento substancial – boa-fé objetiva e função social dos contratos – não se pode ter tais manifestações específicas como um rol taxativo, que só permitisse a aplicação da teoria quando a lei assim dispuser.

3.5.3 Convenção de Viena, UNIDROIT e Direito Europeu dos Contratos

A Convenção de Viena, em vigor no Brasil²⁸⁰, reconhece a possibilidade do adimplemento substancial, condicionando-a a inoccorrência de uma violação

e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

²⁷⁸ ARTÍCULO 1086.- Cláusula resolutoria expresa. Las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados. En este supuesto, la resolución surte efectos a partir que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver.

²⁷⁹ ARTÍCULO 1088.- Presupuestos de la resolución por cláusula resolutoria implícita.

La resolución por cláusula resolutoria implícita exige:

a) un incumplimiento en los términos del artículo 1084. Si es parcial, debe privar sustancialmente de lo que razonablemente la parte tenía derecho a esperar en razón del contrato;

²⁸⁰ Em vigor no Brasil desde 1º de abril de 2014, em razão do Decreto Legislativo nº 538, de 18 de outubro de 2012.

fundamental²⁸¹, trazendo, no artigo 25, o seguinte:

Artigo 25. Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto.

Vera Fradera extrai do artigo 25 três condições para a violação ser qualificada como fundamental²⁸² – prejuízo substancial, imprevisibilidade e pessoa ponderada, apontando que a “caracterização de um dano como substancial, ou não, dependerá da interpretação do caso concreto, ligada às expectativas da parte prejudicada, levando em consideração não os seus sentimentos, sim os termos do contrato”²⁸³.

Outro dispositivo da Convenção²⁸⁴ possibilita, mediante a notícia ou comportamento a indicar manifestamente que será violada fundamentalmente a obrigação, a resolução do contrato antecipadamente. Entretanto, assim como outras fontes normativas, não são apresentados critérios mais específicos quanto à substancialidade do adimplemento ou à definição de violação fundamental.

Como já mencionado, os Princípios do UNIDROIT intencionam estabelecer o disciplinamento, em regra, de um contrato internacional, mas não há fator de discrimén que obste sua utilização “também para reger os contratos domésticos entre particulares, sem prejuízo das normas nacionais de caráter cogente.”²⁸⁵

A segunda parte do artigo 7.3.1, dos Princípios do UNIDROIT, assim dispõe:

Artigo 7.3.1

[...]

(2) Na determinação se o descumprimento de uma obrigação constitui descumprimento fundamental deve-se levar em consideração, em particular, se:

²⁸¹ “A definição contida no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas procura, antes de tudo, separar o inadimplemento fundamental do que não tenha essa qualificação, por exemplo, o descumprimento de parte mínima que caracteriza o adimplemento substancial.” (SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68).

²⁸² FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de fundamental breach constante do art. 25 da CISG. In: **Revista de arbitragem e mediação**, v. 10, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2013, p. 75-79.

²⁸³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de fundamental breach constante do art. 25 da CISG. In: **Revista de arbitragem e mediação**, v. 10, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2013, p. 75.

²⁸⁴ Convenção de Viena, Artigo 72 (1) Se, antes da data do cumprimento do contrato, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste.

²⁸⁵ MORAIS, Fabíola. **Aproximação do direito contratual dos Estados-membros da União Européia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 192.

- (a) o descumprimento priva substancialmente a parte prejudicada do que legitimamente esperaria nos termos do contrato, a menos que a outra parte não previsse e não pudesse prever razoavelmente tal resultado;
- (b) a observância estrita da prestação insatisfeita era essencial segundo o contrato;
- (c) o descumprimento foi intencional ou temerário;
- (d) o descumprimento confere à parte prejudicada razões para desconfiar do cumprimento futuro pela outra parte;
- (e) em razão da resolução, a parte que descumpriu sofrerá perda desproporcional em consequência de sua preparação ou cumprimento;²⁸⁶

A alínea (a), tal qual a Convenção de Viena, apresenta um critério de ordem objetiva ao remeter para a privação substancial do que legitimamente se esperaria nos termos do contrato. Na alínea (b), se faz referência à essencialidade contratualmente estabelecida, ou seja, à cláusula resolutiva expressa. A alínea (c), ao tratar da intencionalidade, traz, para a aferição da substancialidade do adimplemento, a necessidade de observância da conduta leal dos contratantes, o que se complementa na alínea (d). Por fim, a alínea (e) considera o impacto que a resolução trará à parte que descumpriu a prestação²⁸⁷, o que pode ser entendido como remissão à função do contrato como realizador e garantidor de direitos fundamentais.

Necessária, ainda, nova menção aos Princípios do Direito Europeu dos Contratos que, em seu artigo 8:103, traz o seguinte:

Artículo 8:103 - Incumplimiento esencial

El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato:

- (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.

²⁸⁶ Tradução livre No original: “Article 7.3.1 [...]”

(2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental nonperformance regard shall be had, in particular, to whether

(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;

(b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;

(c) the non-performance is intentional or reckless;

(d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;

(e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.

²⁸⁷ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

(b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.

(c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.²⁸⁸

O mencionado dispositivo apresenta, similarmente ao feito pelos Princípios do UNIDROIT, menção ao que legitimamente podia se esperar do contrato, ao descumprimento intencional, que leve à crença de novo descumprimento futuro e, aparentemente inovando, ao relacionar a essencialidade da prestação à causa do contrato.

Por fim, é de se mencionar o Projeto do Código Europeu dos Contratos, que também traz indicações sobre a importância do inadimplemento capaz de gerar a resolução do contrato:

Artigo 107 - Inadimplemento de importância relevante

1. No sentido indicado pelas disposições seguintes, o inadimplemento será de importância relevante se for concernente a uma das obrigações principais (e não secundárias) do contrato, e quando, considerando a qualidade das pessoas e a natureza da prestação, o inadimplemento importa em um prejuízo ao credor privando-lhe substancialmente do que ele, de direito, podia esperar do contrato.

2. Considera-se que o inadimplemento é de importância relevante quando:

a) é total;

b) é parcial, mas o interesse do credor a obter o restante objetivamente desapareceu.

3. As obrigações secundárias são aquelas cujo adimplemento tem uma importância mínima em relação à economia da relação contratual e ao interesse do credor.²⁸⁹

Especificamente quanto a este último dispositivo, é de se criticar a infeliz limitação estabelecida para verificação da importância do adimplemento somente em relação às obrigações principais, quando, pelo que já foi dito no decorrer do presente estudo, também as obrigações acessórias e laterais compõem as prestações da relação contratual.

²⁸⁸ LANDO, Ole; BEALE, Hugh (Org.). **Principios de derecho europeo de los contratos**. Tradução: Fernando Martínez Sanz. Disponível em: <<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>>. Acesso em: 27.07.2014.

²⁸⁹ GANDOLFI, Giuseppe. **Código europeu dos contratos**: projeto preliminar. Tradução: Naiara Posenato. Curitiba: Juruá, 2008, p. 42-43.

Por tudo o que se apresentou em relação aos critérios existentes para a verificação da substancialidade do adimplemento em legislações estrangeiras, supranacionais e consolidações principiológicas, pôde se perceber a impossibilidade do estabelecimento de uma fórmula fechada eficaz. Entretanto, elementos valiosos podem ser extraídos delas.

Pelos critérios de valoração da substancialidade do adimplemento vistos, pode se afirmar que o tempo, local e forma da prestação são tidos como elementos básicos para tal aferição, a partir dos quais é necessário aprofundamento da análise, especialmente em relação à conduta dos integrantes da relação jurídica obrigacional e à fundamentalidade de seu objeto para eles.

Aliadas a tais elementos, de caráter predominantemente abstrato, algumas das disposições dos ordenamentos jurídicos que reconhecem expressamente o adimplemento substancial podem nortear sua aplicação no Brasil.

De maneira sintética, os dispositivos normativos com o escopo de afunilar a verificação da substancialidade se referem a três esferas.

Uma delas, referente à insignificância do inadimplemento, pode ser averiguada pela medida em que a parte faltosa já prestou ou se preparou para prestar, e, ainda, pela essencialidade expressamente estabelecida para aquela determinada obrigação naquele programa contratual específico. A razão disso é, ao fim e ao cabo, verificar se ocorreu manutenção na interdependência funcional das obrigações ou o abalo que o inadimplemento causou na economia do contrato. Pela mesma razão, se aponta como relevante a verificação da proporcionalidade de eventual perda que a parte faltosa sofrerá como consequência de sua preparação ou cumprimento parcial, caso o vínculo se extinga.

Outra esfera apontada, que consubstancia a verificação do comportamento dos contratantes, é a diligência no desenvolvimento da obrigação, de modo que o comportamento intencional, negligente ou inocente da parte faltosa, o maior ou menor grau de incerteza em relação ao cumprimento do restante e a maior ou menor dificuldade do faltoso em cumprir o contrato são critérios pelos quais se deve passar necessariamente para a verificação da substancialidade do adimplemento.

Por derradeiro, e apresentando maior complexidade, a satisfação do interesse. Os diversos interesses que podem estar ligados à relação obrigacional podem levar, a depender da forma como considerados e da relevância a eles atribuída, a um sem número de consequências.

Expressões como não ser privado *daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato*, comumente utilizadas para se referir ao interesse dos contratantes, têm, a *priori*, elevada carga subjetiva, que deverá, em cada caso concreto, ser valorado pelos intérpretes. É certo que eventual existência de cláusula resolutiva expressa deverá ser, sempre, um norte interpretativo na relação obrigacional, especialmente ao se analisar a qualidade do adimplemento. Se os próprios obrigados definiram objetivamente, sem vícios ou abusos, o fato ou fatos que justifiquem, para eles, a resolução, a interferência estatal neste ponto deverá ocorrer de forma cautelosa, sob risco de continuar desequilibrada a relação contratual, apenas mantendo o problema no lado contratual oposto ao inicialmente constatado.

Fabíola Albuquerque aponta, com precisão, a relevância do interesse:

Como se infere, só mediante a ocorrência do inadimplemento fundamental é que se rende ensejo ao direito de resolução. Sem sombra de dúvidas, o inadimplemento fundamental diz respeito a um conceito aberto, dotado de vagueza semântica que exige do intérprete um trabalho hermenêutico, de modo, a ponderar/balancear os interesses no caso concreto.²⁹⁰

A referência, na jurisprudência alemã²⁹¹, da consideração de interesses além dos pertencentes ao credor, buscando o fim do contrato e coibindo a prevalência absoluta dos interesses meramente individuais para a preservação do negócio jurídico sempre que possível, aponta para a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre o interesse juridicamente relevante na verificação da substancialidade do adimplemento.

3.6 O interesse juridicamente relevante para resolução

Como já exposto brevemente em passagens anteriores, o interesse é de crucial relevância para o foco do estudo, cabendo, portanto, explorar o que pode ser considerado como tal.

²⁹⁰ SANTOS, Fabíola Albuquerque. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In: **Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 233-243, p. 237.

²⁹¹ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

Orlando Gomes²⁹², tratando sobre o interesse, destaca que ele não precisa ser econômico, mas deve ter conteúdo patrimonial, ou seja, o interesse pode ser extrapatrimonial, desde que consubstanciado em uma prestação patrimonial. Nesta mesma linha, Antunes Varela²⁹³ e Inocêncio Galvão Telles²⁹⁴.

Diversamente, para Pontes de Miranda, qualquer "interêsse, ainda não patrimonial, pode ser o do credor. [...] Se o interêsse é moral, à infração do dever corresponde a indenizabilidade do dano moral"²⁹⁵.

Aprofundando a investigação do que seria interesse, Jorge Cesa Ferreira aponta-o como uma relação entre a necessidade do credor e o bem ou fato do devedor:

A prestação visa primordialmente a suprir a necessidade de alguém (credor) de obtenção de um bem ou de realização de um fato. Até a ocorrência do pagamento, há, de um lado, a necessidade do credor (decorrente de sua carência, de seus desejos, curiosidades, aspirações ou qualquer outro móvel subjetivo) e, de outro lado, um bem ou um fato que, proveniente de outra pessoa (o devedor), é capaz de satisfazer essa necessidade, entre o bem ou o fato e a necessidade encontra-se o *interesse*, palavra que, como demonstra sua origem latina (*inter* + *est*), porta em si o significado de estar entre algo, no meio. Até a realização da prestação, há o interesse; com ela, há o preenchimento do espaço que medeia a necessidade e o bem ou o fato. A esse preenchimento se costuma denominar "satisfação do interesse".²⁹⁶

²⁹² "O interesse não precisa ser econômico, mas o objeto da prestação há de ter conteúdo patrimonial. Na sua contextura, pois, a prestação precisa ser patrimonial, embora possa corresponder a interesse extrapatrimonial. A patrimonialidade da prestação, objetivamente considerada, é imprescindível à sua caracterização, pois, do contrário, e segundo ponderação de Colagrosso, não seria possível atuar a coação jurídica, predisposta na lei para o caso de inadimplemento." (GOMES, Orlando. **Obrigações**, 4.^a ed., Forense, Rio, 1976, p. 26-27).

²⁹³ "Mesmo que o interesse do credor seja de natureza moral, espiritual, filantrópica ou recreativa, a obrigação pode constituir-se validamente, desde que a *prestação*, em si mesma considerada, *seja suscetível de avaliação pecuniária*." (VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**: Conceito, estrutura e função da relação obrigacional. Fonte das obrigações-Modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 90).

²⁹⁴ "A prestação do devedor tem de ser patrimonial; o interesse do credor pode deixar de o ser. A prestação vale sempre dinheiro: pois, facultando ao credor uma vantagem, ainda que só de ordem espiritual, representa um serviço útil que se obtém em troca de dinheiro ou assim se pode obter no mercado. O credor, para alcançar esse serviço, faz um desembolso, se ele se enquadra num contrato oneroso. Mas se o serviço é valioso e pecuniariamente apreciável, ainda que gratuito no caso concreto, porque é sempre possível exprimi-lo em dinheiro, dizendo quanto custaria se fosse oneroso, em função dos usos e das circunstâncias." (TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual de Direito das Obrigações**, t. 1, 2.^a ed., Lisboa: Coimbra, 1965, p. 24).

²⁹⁵ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013, p. 61.

²⁹⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 6) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

Em tal passagem, se nota um avanço, tendente a definir teoricamente entre o que estaria situado o interesse. Define-o com maior precisão, ao tratá-lo como ponto médio entre a necessidade do credor e o que possui, pode fazer ou deixar de fazer o devedor. E tal espaço criado entre os integrantes da relação, se preencheria, se satisfaria pelo adimplemento.

Tais posicionamentos, muito embora de grande valia ao estudo das obrigações, não adentraram no campo da forma de definição do interesse, em relação ao qual “se discute na doutrina se a gravidade do incumprimento deve ser valorado de acordo com um critério objetivo ou subjetivo.”²⁹⁷

3.6.1 O interesse subjetivo

A literatura jurídica italiana, tendo como base o positivado inadimplemento de *scarsa importanza*, traça algumas considerações sobre o interesse.

Naquele ordenamento, uma das propostas de averiguação é de que se leve em “consideração a *vontade hipotética* do contratante não inadimplente”²⁹⁸, de modo a se considerar grave o inadimplemento, a ponto de justificar a resolução, aquele em que se possa observar, sob o aspecto da parte adimplente, que não teria realizado a contratação se pudesse ter prévia ciência daquele inadimplemento em concreto²⁹⁹.

Ocorre que a investigação do interesse por tal via não conduziria a um campo melhor delimitado do que seria o interesse juridicamente tutelável. Na opinião de Rafael Vigaray, a vontade tácita não seria mais que um mito, afirmando, ainda, que em virtude das formas variáveis que pode se manifestar a inexecução nos casos concretos, o pensamento interno e secreto das partes não será capaz de imaginar a

²⁹⁷ Tradução livre. No original: “En esta materia se discute en la doctrina la gravedad del incumplimiento ha de valorarse con arreglo a un criterio objetivo o subjetivo.” (VIGARAY, Rafael Alvarez. **La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento**. Granada: Universidad de Granada, 1972. p. 128). No mesmo sentido: “Assim, surge a dúvida: deve-se tê-la como advinda de uma decisão de cunho subjetivo do credor, ou deve o intérprete pautar-se por critérios meramente objetivos, relacionados às características e circunstancias do vínculo?” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 7) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 86).

²⁹⁸ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

²⁹⁹ “Secondo il primo, per stabilire se l’inadempimento sia sufficientemente grave da giustificare la risoluzione, occorre risalire alla presumibile volontà delle parti.” (SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell’inadempimento nella risoluzione del contratto. In: **Giustizia Civile**, Milano: Giuffrè, v. 35, p. 497-514, out.1985, p. 501).

todas as eventualidades, que escapam necessariamente de previsibilidade.³⁰⁰ A vontade hipotética, portanto, seria inalcançável ao Direito.

Além disso, caso se decida por aceitá-la, seria levantada a complexa questão sobre qual o *standard* desta vontade, se a do indivíduo em concreto – o efetivo participante daquela relação determinada, ou uma vontade hipotética geral, do homem médio. A averiguação estritamente subjetiva do interesse, portanto, não seria suficiente para aproximar o problema de uma solução, ao contrário, alargaria o feixe de possíveis obstáculos.

3.6.2 O interesse objetivado

Em razão dos obstáculos apontados na verificação subjetiva do interesse, poder-se ia sugerir a total negação deste caminho, partindo-se para uma aferição objetiva, levando a uma análise que “deve ter em conta a economia do contrato, a globalidade da relação existente e o desequilíbrio ocasionado pelo descumprimento”³⁰¹.

Pelo critério objetivo, se argumenta que, para efeitos da resolução contratual, é necessário avaliar a interdependência funcional entre a prestação e a perturbação que o descumprimento causou³⁰² não considerando aquele integrante específico da relação contratual, mas verificando “se, pondo-se *outro alguém* nas condições concretas do credor e nas características do vínculo [...] ter-se-ia a prestação por adimplida”³⁰³.

Seriam utilizadas, portanto, abstrações. Uma, em relação à pessoa específica do credor e outra em relação a sua satisfação, que presume-se atendida, de modo absoluto, se cumprida a prestação conforme os requisitos impostos no contrato.

³⁰⁰ “Por razón misma de las formas variables sobre las cuales se manifiesta en la realidad la inejecución de la obligación el pensamiento interno e secreto das partes no habrá podido detenerse en las eventualidades que escapan necesariamente a su previsibilidad.” (VIGARAY, Rafael Alvarez. **La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento**. Granada: Universidad de Granada, 1972. p. 128).

³⁰¹ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

³⁰² “In senso contrario i sostenitori della posizione oggettiva, i quali sostengono che: ai fini della risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive, è necessario valutare l'interdipendenza funzionale tra le prestazioni ed il turbamento che l'inadempimento ha recato.” (SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. In: **Giustizia Civile**, Milano: Giuffrè, v. 35, p. 497-514, out.1985, p. 501).

³⁰³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 7) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

Neste sentido, o Enunciado nº 162, do Conselho da Justiça Federal, referindo ao artigo 395, do Código Civil:

A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.

Mas de tal proposição de abstração não pode decorrer a negação completa do critério subjetivo de averiguação. O que se pretende evitar é a utilização do *mero* interesse subjetivo do credor, buscando-se uma justificação objetiva para a perda subjetiva do interesse.³⁰⁴

É o que se apresenta na dicção do artigo 112, do Código Civil de 2002³⁰⁵, do qual se pode extrair duas tendências. A primeira delas, subjetiva, remete à vontade. A segunda, objetiva, remete à declaração.³⁰⁶ Tais tendências subdividem-se na responsabilidade do autor da declaração por aquilo que declarou ou deixou de declarar – independente da vontade, e na confiança, pela qual a parte se esteia na declaração ou na ausência de declaração da outra parte.³⁰⁷

Se, de um lado, parece que o interesse deva ser considerado por um critério objetivo, de outro, o foco subjetivo não pode ser desconsiderado completamente³⁰⁸, já que a análise objetiva precisa considerar as circunstâncias que permeiam a relação contratual, inclusas aí a condição pessoal do lesado pelo inadimplemento, o que poderá ajudar a demonstrar qual era sua expectativa legítima em relação ao contrato³⁰⁹.

³⁰⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998, p. 945, nota 3.

³⁰⁵ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

³⁰⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 420.

³⁰⁷ ALVIM, Arruda. A sintonia da redação do artigo 112 do Código Civil com os princípios contemporâneos do negócio jurídico bilateral e do contato. In: **Revista do advogado**, v. 24, n. 77, p. 13-16, jul. 2004, p. 14.

³⁰⁸ “Conforme o artigo 112 do novo Código Civil ‘nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem’, não se quer impor a prevalência da vontade que ficou retina na consciência íntima da pessoa, mas a intenção na medida em que se tornou reconhecível na declaração ou conduta tomada pela pessoa, ou seja, a interpretação deverá se ater à intenção expressa na declaração de vontade, o comportamento e as circunstâncias que envolvem a manifestação de vontade.” (BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos. In: **A teoria do contrato e o novo Código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 101-124. p. 104).

³⁰⁹ “Contudo tais abstrações não prescindem das circunstâncias concretas do caso. Ao contrário. Sobre tudo a partir da *Diretriz da Concretude*, orientadora do novo Código, e da visualização da

Há passagem, na lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, defendendo a acomodação das duas ordens de critérios mencionadas. Para ele, o interesse também seria uma relação entre a necessidade do credor e aquilo que pode prestar o devedor, sendo a prestação que já não pode atender tal necessidade, por consequência, inútil³¹⁰.

Defende, ainda, que o interesse na prestação decorre do próprio sinalagma – da correspectividade em equivalência das prestações, de modo que se possa estabelecer objetivamente, de acordo com a natureza da prestação, o interesse, a necessidade que ela satisfaria. Seriam analisados dados de duas ordens:

(..) os elementos “objetivos”, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento “subjetivo”, que reside na necessidade de o credor receber uma prestação que atenda a carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa e a tipicidade do contrato. Não se trata dos motivos ou desejos que, eventualmente, o animavam, mas da expectativa resultante dos dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso, legítima.³¹¹

A verificação se daria, assim, por um critério composto – averiguando os

relação obrigacional ordenada pelo princípio da boa-fé objetiva, as peculiaridades do caso são absolutamente importantes para a concreta identificação da *conduta devida*. [...] O que permite identificar os elementos subjetivos relevantes para a solução concreta é a atribuição social de valor – vale dizer, uma atribuição *socialmente compartilhada* de valor – a um determinado elemento subjetivo. [...] Os processos de objetivação e abstração conduziram, por muitos anos, a um padrão conhecido como o ‘bom pai de família’, referido, mesmo hoje, com alguma frequência. Tal modelo, ainda que fosse dotado de incertezas, oferecia resultados razoáveis quando a sociedade burguesa pós-revolução se mostrava mais coesa e menos complexa, juridicamente subjetivada pela figura do ‘sujeito de direito’, ser de todo abstrato. Não é essa, entretanto, a realidade de nossos dias. Admitida a existência de um padrão objetivo, ele tem de enquadrar-se em limites muito mais restritos, como seria o de uma hipotética ‘boa mãe de família’, ou o do ‘consumidor médio’, ou do ‘hipossuficiente’, do carente de proteção em razão de sua opção religiosa ou orientação sexual, e assim sucessivamente. Todas essas emanações das subjetividades, constitucionalmente asseguradas, *podem* exercer papel expressivo quando da interpretação da conduta devida, toda vez que esses dados forem elementos relevantes no processo obrigacional, o que só pode ser visto no caso concreto e por meio dos filtros da boa-fé objetiva.” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 6) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 44).

³¹⁰ “Interesse é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir a necessidade ou carência; daí dizer-se que o credor está ‘interessado’ na prestação do credor [SIC - *obviamente, se quis dizer ‘devedor’*]. A prestação que desatender a esse interesse, porque já não tem capacidade de suprir a necessidade do sujeito credor, é uma prestação inútil. É preciso, portanto, estabelecer em que consiste o interesse a que a prestação está ligada. Certamente, é o que decorre do próprio sinalagma, em que existem prestações correspectivas em equivalência, podendo ser objetivamente estabelecido que interesse a prestação prometida iria satisfazer, de acordo com a sua natureza e a experiência comum.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 132).

³¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 132-133.

elementos subjetivos recorrendo a argumentos racionalmente verificáveis e controláveis, buscando-se não o interesse unicamente do lado de um ou outro integrante da relação jurídica obrigacional, mas sim o interesse da relação em si. Daí a razão de chamá-lo de “interesse objetivado”³¹² ou legítimo, em detrimento a interesse objetivo.

Tais noções, muito embora permitam o aprofundamento teórico no caminho para uma verificação da substancialidade do adimplemento, tornando-a mais concreta, ainda suportam exploração, especialmente ao se considerar aquilo que o adimplemento exige não ser “tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato”³¹³.

Assim, convém explicitar e adotar posição sobre as acepções de causa do negócio jurídico, a fim demarcar sua relevância como critério último de verificação da substancialidade do adimplemento.

3.7 A causa dos contratos e a gravidade do descumprimento

Qual seria a razão pela qual alguém se propõe a integrar uma relação contratual? Guardaria tal razão identidade com a obtenção do bem ou conduta (positiva ou negativa) que se busca obter por meio da relação? A razão seria simplesmente aquilo que impulsiona o sujeito a ingressar na relação?

Tais indagações inquietam³¹⁴ há tempos os estudiosos, reunindo-se as opiniões sobre o tema nas diversas teorias acerca da causa.

³¹² “Portanto, a razão está com o Ministro Ruy Rosado que, em sua obra sobre o direito de resolução, parte dessa mesma perspectiva da obrigação como um processo, da relação obrigacional como constituída por deveres de colaboração e chega à conclusão de que o interesse a ser considerado – o metro que o juiz tem que utilizar – não é o interesse do credor, mas o interesse da relação, portanto o interesse do sinalagma.

A partir do interesse do sinalagma se permite que o juiz perceba, compreenda e, após, componha dados de dupla ordem: a) os elementos objetivos fornecidos pela relação contratual em causa, extraídos da natureza concreta da prestação e, de outro lado, b) elementos subjetivos que dizem respeito à necessidade do credor, mas uma necessidade que não deve ser avaliada com vista nos seus motivos, pois é a necessidade considerada à vista de uma concreta relação econômico-social que aquele contrato visava regular. Portanto, é uma espécie de interesse objetivado. Não há nenhum arbítrio judicial.” (MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 95-113, fev./jun. 2002. Edição especial, parte 1, p. 104).

³¹³ SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: **Revista trimestral de direito civil**: RTDC, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007, p. 15.

³¹⁴ “Mas *porque*, no âmbito das operações económicas revestidas da forma de contrato, uma parte dá ou promete à outra, empobrecendo-se a favor desta última que, correlativamente, se enriquece?” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 196).

Diversas são as teorias, pois o termo “causa” comporta diversas acepções, podendo cada uma delas ser objeto de estudo próprio. Para o estudo atual, é importante distinguir algumas delas, sem desconhecer as demais³¹⁵, e apontar qual se presta a facilitar a mensuração do afastamento havido entre aquele ponto médio definidor do interesse e a efetiva situação que se ponha em análise, de modo a verificar se a distância foi suficiente para justificar o rompimento do liame contratual.

3.7.1 Breves considerações sobre as acepções da “causa”

Considerando ser “causa”³¹⁶ palavra análoga, podendo “ser predicada de diversas realidades, em partes iguais e em partes diferentes, mas que guardam certa relação de coexistência extrínseca”³¹⁷, cabe recorrer à filosofia, que a estudou antes dos juristas.

Aristóteles já se indagava sobre a causa, estabelecendo para ela quatro acepções³¹⁸. Pela primeira, referiu-se à causa como a matéria, a substância da qual

³¹⁵ Para aprofundamento no estudo sobre as diversas acepções que o termo “causa” pode tomar, conferir: CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014; KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. In: **Revista trimestral de direito civil**, v. 11, n. 43, p. 33-75, jul./set. 2010; LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. A causa dos contratos: estudo sintético acerca da teoria da causa no sistema brasileiro. In: **Revista IOB de direito civil e processual civil**, v. 11, n. 63, p. 93-110, jan./fev. 2010; MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativa: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. In: **Ajuris**, v. 16, n. 45, p. 213-244, mar. 1989; PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. In: **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, v. 45, n. 141, p. 7-30, jan./mar. 2006 e; SILVA, Clovis V. do Couto e. Teoria da causa no direito privado. In: **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 21-30, mar./abr. 1954.

³¹⁶ “Desgraciadamente, el término ‘causa’ es uno de los más ambiguos. Se alude con él a muchos y muy diversos problemas. Problemas que son tales y tantos y tan llenos de matices y de interferencias que suele ser necesario un esfuerzo enorme y muchas veces inútil para saber a cuando hablan de “causa del contrato o de la obligación. Algunas veces, leyendo a los autores, se tiene la impresión de que el problema se plantee en estos curiosos términos: ‘qué es o qué significa la causa del contrato’ (en vez de decir: en este determinado problema ‘causa’ significa tal cosa), como frecuentemente ocurre con las palabras que, cargándose de significado a lo largo de la historia, llegan a adquirir un valor místico.” (GORLA, Gino. **El contrato**: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. Tradução, notas de comparação e adaptação ao direito espanhol por Jose Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959, p. 309).

³¹⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39-40.

³¹⁸ “A divisão da causa gestada por Aristóteles tem a seguinte configuração: a primeira acepção refere-se à substância da qual a coisa é feita e que nela permanece, por exemplo, a madeira sendo a causa de uma porta, ou seja, o motivo pelo qual algo é e persiste, a caracterizar a causa material ou substancial; a segunda noção aponta para a causa como a essência de uma coisa, sendo a causa do

algo se forma e se mantém, causa *material*, portanto. Ligada intrinsecamente à primeira, a segunda acepção, nominada causa *formal*, se consubstancia naquilo que, por sua força, molda a matéria, aperfeiçoando-lhe. Luciano Camargo Penteado, transportando a acepção de causa material e formal aos atos jurídicos, consigna o seguinte:

Um ato jurídico também é um composto de dois coprincípios básicos: o objeto e a forma. O objeto pode ser visto como a causa material, e a forma, a causa formal. Sua ligação é íntima, a tal ponto que são elementos de sua existência. Essa conjunção causal sustenta o ato em sua existência. Matéria e forma, profundamente unidas e compenetradas, permitem que surja um novo contrato.³¹⁹

No campo dos negócios jurídicos, a causa material e a formal seriam refletidas no conceito de objeto e forma, e, portanto, elementos intrínsecos a eles.

A terceira acepção, chamada de *eficiente*, indica aquilo responsável por iniciar alguma alteração relevante em algo. Sob o aspecto da causa eficiente, todo fato que venha a produzir efeitos jurídicos – e aí está situado o contrato, poderia ser chamado de causa. A última das acepções apresenta a ideia de causa como objetivo ou fim, sendo chamada de causa *final*. As duas últimas acepções, seriam elementos extrínsecos ao contrato.

Pablo Malheiros, na conclusão da obra fruto da tese de doutorado, aponta o aproveitamento das quatro acepções no Direito. Vejamos:

“Os sentidos aristotélicos de causa (material ou substancial, formal, eficiente e final) foram absorvidos pelo Direito, principalmente a perspectiva de *causa eficiente* (causa como origem de um determinado efeito) a erigir o conteúdo de teorias do nexo causal como pressuposto para a responsabilidade civil e consumerista, ou seja, causa como o início da mudança da situação anterior à situação posterior ao dano, assim como da alteração da mudança patrimonial das partes ou de terceiros

ser humano o seu conviver com os outros, a configurar a causa formal; a terceira concepção de causa indica aquilo que confere início à mudança ou ao repouso, com o contrato sendo a causa da mudança patrimonial de um contratante ou um evento danoso sendo a causa de um dano reparável imputável a alguém, a delinear a causa eficiente; a quarta percepção de causa a coloca como o objetivo ou o fim, por exemplo, a elevação profissional sendo a causa para a dedicação ao trabalho, a erigir a causa final [...], também presente nas relações obrigacionais, por conexão à ideia de função socioambiental das obrigações [...]” (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 41).

³¹⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.

em um contrato e em uma relação contratual. A configuração da *causa final* (causa como objetivo ou fim) também se encontra presente nas relações obrigacionais e se conecta com a ideia de função socioambiental das obrigações pelo fato de estas possuírem um objetivo quando da sua pactuação ou imputação de responsabilidade”.³²⁰

Deve se ressaltar que Torquato Castro, em obra mais recente³²¹ em relação a que é usada como base da argumentação aqui construída³²², aprofundou seus estudos, defendendo a predominância da utilidade do conceito de causa eficiente em relação ao de causa final, como se vê na seguinte passagem:

(...) o conceito central, praticamente unívoco, prevalente em Roma desde tempos recuadíssimos da história deste povo, foi o conceito, não de *causa-finalis*, ou causa que a vontade do privado houvesse programado como fim ou função de seu próprio ato; mas, em todos os casos o *topos causa*, erigido pelos romanos nas suas construções jurídicas, era o de *causa eficiente*. A *causa*, para eles, era fato – fosse fato natural, fosse voluntário – que dava *origem* ou fazia *nascer* o direito especificamente aplicável às hipóteses com que lidavam.³²³

Tal argumentação, entretanto, não afasta a relevância do estudo da causa final no âmbito das relações obrigacionais. Se a causa eficiente é fato, como defendido por Torquato Castro, ela é o fato eficiente a impedir a resolução abusiva, mas, ainda assim, não é suficiente para satisfazer a indagação de como identificar tal fato, de como definir o que é ou não um adimplemento adjetivado como substancial.

A acepção de causa ligada ao fim, o que no âmbito das relações contratuais remete ao adimplemento, faz tal noção assumir maior relevância no estudo da teoria do adimplemento substancial, sendo preciso explorá-la de forma mais detalhada.

Antes, porém, convém distingui-la de outros elementos, apontando inicialmente aquilo que a causa final contratual não é, mas pode vir ser confundida com, quando da análise da relação contratual.

³²⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 276

³²¹ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

³²² CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

³²³ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 163.

3.7.2 Objeto, motivo, elemento categorial inderrogável e causa das obrigações

É de se ressaltar, inicialmente, que não se pode confundir a causa com o objeto do contrato, por existirem entre eles função e papel distintos.

O objeto do contrato atine à operação jurídica que as partes pretendem realizar – é o que se pretende obter, seja um bem ou uma conduta. A diferenciação se torna clara ao visualizar que “a mesma coisa ou bem pode ser objeto de contratos diferentes, isto é, de contratos que têm causa diversa”³²⁴ (a causa, neste aspecto, refere-se aos motivos determinantes – comportando, aqui, acepções diversas – às partes para a realização da avença³²⁵).

Assim, não seria de todo incorreto definir causa como aquilo que levou os contratantes a decidir ingressar na relação. Como mencionado, a palavra causa é análoga e esse é um dos sentidos que lhe é cabível.

Sob tal aspecto, para diferenciar essa “causa subjetiva” da causa dos contratos, melhor classificar a razão interna que impulsionou à contratação como o “motivo” dos contratantes³²⁶, sendo definido “como o móvel psicológico *externo ao ato*, ou o propósito, ocasional, mediato, que tem em vista o agente, ao assumir a obrigação”³²⁷.

Entretanto, tal como visto quando da análise do interesse dos contratantes sob o prisma subjetivo, o motivo, por ser fator interno e insindicável³²⁸, não encontraria relevância, caso permaneça íntimo, à análise da substancialidade do

³²⁴ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 42.

³²⁵ “Efectuadas las consideraciones precedentes, cabe afirmar que entre el objeto y la causa del contrato existen diferencias tan esenciales que no son factibles de ser confundidas, pues como elementos que son, portan funciones o roles distintos. El objeto del contrato considera la operación que las partes han entendido realizar. La causa atiende a los motivos determinantes que consideraron las partes a los fines de la celebración del contrato.” (STIGLITZ, Rubén S. **Objeto, causa y frustacion del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 19-20).

³²⁶ “[...] se *motivo* é definido como o *móvel psicológico externo ao ato*, ou o propósito ocasional e mediato que tem o agente ao assumir a obrigação, *causa*, a seu turno, disso tudo difere, pois significa aquele *escopo imediato* que tem a virtude de informar o negócio jurídico, garantindo-lhe a individualidade conceitual, entre outros negócios. Assim, portanto, *causa* e *motivo* não são termos sinônimos para a teoria geral do negócio jurídico.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014. p. 6).

³²⁷ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 14.

³²⁸ “Os motivos simplesmente individuais não são elementos constitutivos da causa. Precisamente por serem individuais, eles são essencialmente subjetivos e internos, contingentes, variáveis, múltiplos, diversos, e, com frequência, até contraditórios. Como tais, eles são imponderáveis e, diferindo disso na causa, não comportam uma valoração social positiva, enquanto não passarem a fazer parte do conteúdo do negócio: continuam, portanto, a ser irrelevantes também para o direito.” (BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. t. 1. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 342).

adimplemento³²⁹.

Não se há de confundir, ainda, causa com os elementos categoriais inderrogáveis. Estes, situados no plano da existência dos negócios jurídicos, podem ser definidos como “os elementos intrínsecos a toda declaração negocial, são as circunstâncias negociais, vale dizer, o objeto e a forma, que caracterizam a essência de todo negócio jurídico”³³⁰, ligando-se intimamente aos direitos e deveres primários das obrigações³³¹. Seriam, portanto, elementos intrínsecos e responsáveis pela caracterização do tipo do negócio jurídico, fixando o regime jurídico ao qual a relação contratual se submeterá. Difeririam dos elementos categoriais naturais ou derogáveis, os quais, mesmo defluindo da natureza do negócio, poderiam ser afastados pela vontade das partes, sem que se alterasse o tipo do negócio³³².

A causa, por sua vez, é, em regra, externa ao negócio, podendo variar, ainda que dentro de relações com os mesmos elementos categoriais inderrogáveis.

Por fim, deve se estabelecer uma distinção entre a causa das obrigações e a causa dos contratos. Esta é uma em cada arranjo contratual, enquanto, em relação àquela, é possível se identificar uma causa para cada uma das obrigações que se assumam por meio do contrato.

Tal possibilidade de confusão é atribuída, por Torquato Castro, aos estudos dos causalistas³³³ franceses:

Êsse método estranho dos causalistas – de analisar a causa, não no ato jurídico em que ela se integra como elemento essencial, mas na *obrigação* que é apenas uma *parte* do ato, aliás um *meio* em relação ao *fim* que neste último reside – é responsável, em grande parte, pelo insucesso da expansão e desenvolvimento do conceito, tanto na doutrina como na jurisprudência.³³⁴

³²⁹ “A causa, pois, em sentido próprio, somente se concebe em relação ao ato no qual se integra. O ‘motivo’, ao contrário, não desempenha no ato nenhum papel fundamental, nem na sua formação, nem nos seus efeitos. Ele é irrelevante, em regra, para o direito [...]” (CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 14-15).

³³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014. p. 12.

³³¹ Vide item 1.3, supra.

³³² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35.

³³³ “As correntes anticausalistas exprimem uma ordem formalista, hoje em grande relevo com a onipotência do mercado e o relativismo dominante. O que é necessário é que o sistema funcione, seja à custa do que for, e já as correntes casualistas estão associadas a uma intenção de controle objetivo e de intervenção social. São menos liberais e não aceitam a tutela do tráfego como um valor absoluto.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral – ações e fatos jurídicos. v. 2, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255-256).

³³⁴ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 18.

Por tal análise, a causa seria buscada “na *obrigação* de cada parte, donde decorre que o contrato poderá comportar tantas causas, quantas as obrigações que dele se originem”³³⁵.

Portanto, causa final do contrato não pode ser confundida com a causa de cada uma das obrigações que o compõe. As várias causas das obrigações inseridas em um contrato é que, analisadas conjuntamente, formam a causa do contrato, sendo esta una. Para cada contrato, poderá haver somente uma causa final, “que se realiza através de *meios* certos: as obrigações”³³⁶ dele componentes.

A impossibilidade do alcance da causa final de uma das obrigações não irá, necessariamente, desconfigurar a causa do contrato. E é justamente quando isso ocorre que se torna possível aplicar a teoria do adimplemento substancial.

Estabelecidos os alertas distintivos, cumpre consolidar o conceito e a relevância da causa final para o presente estudo.

3.7.3 Conceito e importância da causa final do contrato

Ainda que apontada a relevância de uma das acepções da causa em detrimento das demais para a análise de aplicação da teoria do adimplemento substancial, o próprio conceito de causa final precisa ser consolidado.

Nesta tentativa, Antônio Junqueira de Azevedo aponta três posições relevantes: duas predominantes entre autores franceses e outra predominante na Itália³³⁷.

Na França, haveria defensores da causa com aspecto subjetivo, para os quais ela se constituiria no motivo próximo e determinante, e defensores do ele chamou de

³³⁵ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 16.

³³⁶ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 23-24.

³³⁷ “[...] abre-se, porém, aqui, uma dissensão teórica entre três posições, as duas primeiras predominantes entre autores franceses e a última, adotada pelo ordenamento jurídico italiano. Entre os franceses há, de um lado, os partidários da causa subjetiva (mais, ou menos, hábeis em distinguir causa, de motivo; a causa seria o motivo próximo e determinante) e, de outro, os partidários da causa que se poderia dizer subjetivo-objetiva. Para estes, a causa é o fim que os declarantes pretendem (portanto, partem da mesma caracterização dos anteriores); todavia, este fim é também objetivo, porque, no contrato, por exemplo, é o fim comum, e não, o de cada contratante. A causa, nessas condições, está integrada no negócio (Capitant); ela se revela no próprio negócio. Deixando de lado a concepção subjetiva, em que causa é motivo, e, hoje, aliás, pouco aceita, percebe-se que, já na concepção subjetivo-objetiva, se a causa é o fim do próprio negócio, ela é, com propriedade, *causa do negócio*, ou do contrato, e não, causa da obrigação, ou da atribuição patrimonial, ou da atribuição do direito [...]” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.n.], 1986, p. 128).

causa subjetivo-objetiva, para os quais a causa seria o fim que os contratantes pretendem, diferenciando-se do prisma subjetivo por considerar como causa o fim comum e não o individual.

Soma-se às ideias de causa subjetiva e subjetivo-objetiva, a da causa final objetiva, que sustenta surgir o fim do negócio jurídico em si, consubstanciando-se na função econômico-social ou prático social, de modo a fazer uniforme o fim nos negócios jurídicos típicos, ou seja, o mesmo fim seria identificado sempre que um determinado tipo contratual fosse estabelecido entre os agentes.³³⁸

Antônio Junqueira aponta e se posiciona, ainda, sobre mais uma divisão possível dentro da causa final:

No significado de causa final, há, porém, ainda, uma duplicidade. Se se adota a concepção de Capitant, ou outra próxima, em que a causa é o fim que resulta objetivamente do negócio, a causa do negócio é a “*causa concreta*”, o fim de cada negócio individualizado. Se se adota a concepção de causa-função, trata-se de “*causa abstrata*”, causa típica. Ora, por uma questão de clareza, é preferível deixar a expressão causa final reservada a somente um desses significados, de preferência o último, em que a palavra “causa” está mais generalizada e onde é de fácil substituição. No outro significado, a causa concreta é, na verdade, o “*fim do negócio jurídico*”. Esta é a melhor expressão.³³⁹

Como se vê, Junqueira adota o termo “causa final” para designar aquilo que, em abstrato, se procura com aquele tipo contratual, na qual não se leva adiante uma investigação minuciosa sobre o objetivo comum daqueles contratantes específicos, mas tão somente o objetivo que sempre se poderia extrair do negócio, independente das particularidades dos envolvidos. A ideia de causa final “generalizada” remete, facilmente, à identificação do tipo contratual³⁴⁰, importante em eventual

³³⁸ Por derradeiro, fala-se em *causa finalis* [...] segundo três concepções teóricas distintas, quais sejam: a) *teoria da causa subjetiva* (de origem francesa) de acordo com a qual a causa seria o motivo próximo e determinante do negócio jurídico; b) *teoria da causa subjetivo-objetiva* (também francesa) afirma que a causa é o fim que os emitentes das declarações negociais pretendem, que também é objetivo e comum (e não individual) nos contratos, de modo que a causa se integre e se revele no negócio jurídico, falando-se, então em *causa concreta* e c) *teoria da causa objetiva* (italiana) que sustenta que o fim surge do negócio em si e é a sua função econômico-social ou prático-social, de maneira que haja uniformidade de fim nos negócios jurídicos típicos e utilidade social no fim dos negócios atípicos, falando-se, portanto, em *causa abstrata*.” (LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. A causa dos contratos: estudo sintético acerca da teoria da causa no sistema brasileiro. In: **Revista IOB de direito civil e processual civil**, v. 11, n. 63, p. 93-110, jan./fev. 2010. p. 98).

³³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.n.], 1986, p. 128.

³⁴⁰ “Todavia, faz-se ainda necessário distinguir – mesmo que apenas momentânea e ficticiamente – dois aspectos do elemento causal: um abstrato e outro concreto. A função abstrata releva, como se

questionamento dos efeitos que aquela figura pode ou deve assumir, mas que poderia ser confundida com o que o próprio Junqueira nominou de “elemento categorial inderrogável” – aqueles que são responsáveis pela configuração mínima de cada espécie contratual.

Entretanto, o sentido em que se busca analisar a causa para a verificação do adimplemento substancial atine mais à ideia de individualização do contrato do que à de abstração dele. A ideia de “fim do negócio jurídico” de Junqueira, portanto, parece mais relevante.

Torquato Castro, referindo-se à causa, descreve-a como o fim a que se propõe o agente, o fito em vista do qual o efeito é procurado, defendendo, assim, que nenhuma ação humana, por mais simples que seja, ocorre sem um fim determinado, diretamente derivado da razão, que leva o agente a se comportar para atingi-lo. Tal como em um círculo, o “agente é causa (eficiente) do fim, e o fim é a causa (final) da ação do agente. O agente é causa do fim, enquanto êle o *realiza* e obtém; e o fim é a causa da ação do agente, porque é a razão de ser desta”.³⁴¹

Pablo Malheiros da Cunha Frota, tratando da causa final, também a relacionando com a causa eficiente, afirma:

Uma acepção jurídica possível para a causalidade no âmbito negocial esteia-se na construção aristotélica de causa final, pois todo negócio tem um objetivo ou fim, sendo relevante também utilizar tal sentido para dividir causa e motivo nas discussões atinentes às atividades negociais (ex.: CC, art. 1.848) [...], não obstante a causa eficiente aristotélica se faça presente pelo fato de haver a passagem de um estado a outro durante o iter da relação negocial, como se percebe com a alteração patrimonial dos negociantes após a realização do negócio.³⁴²

viu, porque dela se extrai o conteúdo mínimo do negócio especificamente estipulado, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode – ainda que assim se tenha idealizado –, alcançar aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. No exemplo da compra e venda, se falta o preço, de compra e venda não se tratará mas, talvez, de doação. A causa abstrata do negócio estipulado, porém, abarcou, em nosso exemplo, também o efeito garantia. Conforme os efeitos previstos pelas partes, ter-se-á sempre três possibilidades: identidade com certo tipo, (re)qualificação como outro tipo (como no exemplo da “compra e venda a preço vil” que deve ser considerada doação), independentemente do *nomen juris*, ou então um contrato atípico. Já a função concreta diz respeito à *eficácia concretamente produzida* pelo contrato, que está, como bem sabemos, sujeito às mais diversas vicissitudes, fáticas ou jurídicas, que podem alterar, muitas vezes radicalmente, os efeitos originalmente pactuados pelas partes.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do Contrato. In: **Civilistica.com**, ano 2, n. 4, 2013. p. 11. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2014/02/A-causa-do-contrato-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014).

³⁴¹ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 8-9.

³⁴² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 49.

Pelo tratamento que é dado à causa final e a causa eficiente, percebe-se haver certa aproximação prática entre elas, mas deve-se ter em conta que não são a mesma coisa. A primeira “exprime a direção da vontade na produção dos efeitos jurídicos, enquanto que a *causa eficiente* é aquela que, por sua ação física, produz esses mesmos efeitos, ou produz eficientemente os resultados”.³⁴³

Mas afinal, após o refinamento das teorias que gravitam em torno da causa final dos contratos, o que se pode ter como tal? Massimo Bianca, como se estivesse sintetizando as ideias apresentadas, defende o seguinte:

A causa do contrato, como vimos, é a sua função prática, ou seja, o interesse complexo concretamente perseguido mediante a operação negocial. O interesse creditício é, por outro lado, aquele que se refere cada obrigação singular. Quando a obrigação se inserir em um contexto contratual o interesse creditício concorre para integrar a causa concreta do contrato. Nas obrigações contratuais, portanto, o interesse do credor não se contrapõe à causa do contrato, mas é sua parte integrante, no sentido que concorre a identificar a razão prática do contrato. Por outro lado, se a obrigação estiver fundada no contrato, é o interesse creditício que por sua vez se determina por meio da interpretação de tal título, e assim também em relação à causa do contrato”³⁴⁴

Torna-se estável, portanto, a ideia de que a causa é o “conjunto de elementos específicos do contrato vistos numa unidade conceitual, que lhes imprime o objetivo comum”³⁴⁵, ou, ainda que “se constitui, efetivamente, do encontro do concreto interesse das partes com os efeitos essenciais abstratamente previstos no tipo”³⁴⁶,

3.7.4 Causa contratual final concreta e a teoria do adimplemento substancial

³⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014. p. 8.

³⁴⁴ Tradução livre. No original: “La causa del contratto, come si è visto, è la sua funzione pratica, cioè il complessivo interesse concretamente perseguito mediante l’operazione negoziale. L’interesse creditorio è invece quello che attiene ad ogni singola obbligazione. Quando l’obbligazione si inserisce in un contesto contrattuale l’interesse creditorio concorre a integrare la causa concreta del contratto. Nelle obbligazioni contrattuali, dunque, l’interesse del creditore non si contrappone alla causa del contratto, ma ne è parte integrante, nel senso che concorre a identificare la ragione pratica del contratto. D’altro canto, se l’obbligazione ha titolo nel contratto, è l’interesse creditorio che a sua volta si determina attraverso l’interpretazione di tale titolo, e quindi anche con riferimento alla causa del contratto.” (BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile**. v. 4. Milano: A. Giuffrè, 1993. p. 45)

³⁴⁵ CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 40

³⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do Contrato. In: **Civilistica.com**, ano 2, n. 4, 2013. p. 12. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2014/02/A-causa-do-contrato-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

Na ideia de causa do contrato como encontro objetivo dos motivos, tornando-a única em cada arranjo contratual, pode ser vista similitude com aquilo exposto em relação à mensuração, no caso concreto, do afastamento havido daquele ponto médio entre necessidade e prestação, que configura o interesse³⁴⁷. Há, definitivamente, uma correlação entre as ideias, que se complementam e permitem a análise da necessidade de manutenção do vínculo contratual em detrimento do direito, até então tido como absoluto, de resolver a relação contratual queda há algum descumprimento.

A acepção da causa final no sentido objetivo, ligada à função econômico-social dos negócios jurídicos, que revela sua essência e permite individualizá-los de outros contratos, mesmo que fundados na mesma previsão normativa, permite entender que a causa contratual final se presta a definir a observância à função social inserta no artigo 421 do Código Civil de 2002. A causa deve estar fundada na função social e atendê-la³⁴⁸, sem, entretanto, com ela se confundir.

Isso em razão da causa não mais se identificar exclusivamente com a função econômica e social de cada típico ajuste, como defendeu Betti³⁴⁹, mas devendo também corresponder aos interesses práticos extraídos do negócio jurídico concretamente considerado, ou seja, à finalidade integrante daquele ajuste contratual específico.

³⁴⁷ “A causa final, via de regra, pode-se dizer que é externa ao contrato, na medida em que a prática do ato que cria direitos e deveres recíprocos visa algo que transcende o próprio ato, está ‘fora’ dele. Do contrário, este não seria praticado, porque os agentes intrinsecamente estariam de antemão satisfeitos. A ação faz-se por algo que ainda não se tem (no sentido profundo do termo ‘ter’, englobando qualidades pessoais ou vínculos de afeição, e.g.), assim como também o contrato. Só ao seu término haverá a posse do desejado a modo de fim. Por isso, diz-se que a causa final é a primeira na intenção e a última na execução.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37).

³⁴⁸ “[...] diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico [...]” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 457).

³⁴⁹ “[...] para o lugar da rígida tipicidade legislativa, baseada num número limitado de denominações, entra uma outra tipicidade, que desempenha também sempre a função de limitar e orientar a autonomia privada, mas que, em comparação com aquela, é muito mais elástica na configuração dos tipos, e, na medida em que se realiza, remetendo para as valorações econômicas ou éticas da consciência social poderia chamar-se-lhe *tipicidade social*.” (BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. t. 1. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 373-374).

Tais interesses práticos, que constituem a causa contratual final concreta, não serão dignos de tutela quando não forem adequados aos parâmetros normativos estabelecidos.

A causa final, ligada à função social indica, por consequência, os efeitos essenciais que do contrato devem decorrer. E são justamente sobre tais efeitos que se direcionam as perquirições sobre o adimplemento.

Se a causa do contrato relaciona-se com sua função socioeconômica, sua análise irá auxiliar na verificação acerca do cumprimento realizado ter sido substancial a ponto ter preenchido o requisito de ser “exercido em razão e nos limites da função social”. Neste mesmo sentido, Anelise Becker ensina:

Uma vez inserindo-se a problemática do adimplemento substancial na questão da funcionalização dos direitos de crédito, está-se tocando na teoria da causa como a função econômica-social daquele direito. Nesta perspectiva, a compreensão e aplicação da doutrina do adimplemento substancial imbrica-se com o exame da causa para saber se, na relação obrigacional concreta, esta foi, ou não, atingida.³⁵⁰

Assim, se o adimplemento dirige-se não à satisfação arbitrária e egoística do credor, mas sim ao atendimento da função socioeconômica, que se identifica com a causa do ajuste estabelecido entre os agentes, pode ser dito que o “adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato”³⁵¹.

Desta forma, quando, na verificação da substancialidade do adimplemento, conjugando o prisma da causa com o do interesse, puder se extrair que o comportamento foi suficiente para garantir aqueles efeitos vitais³⁵² pretendidos objetivamente com a celebração da avença, tornar-se-á inevitável a tutela jurídica para a conservação do contrato, “independentemente da satisfação psicológica ou

³⁵⁰ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993, p. 60.

³⁵¹ SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007, p. 15.

³⁵² “Esa finalidad debe ser esencial, interpretado ello en el sentido de que, de no alcanzársela, la parte que contrató en consideración a ese resultado, ve malogrado su interés negocial. Y como consecuencia de ello, el contrato pierde su razón de seguir subsistiendo; la utilidad esperada (expectativa de crédito) se ha ‘frustrado’.” (STIGLITZ, Rubén S. **Objeto, causa y frustracion del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 22).

não do credor.”³⁵³ É o que defende Vivien Lys Porto:

A causa do negócio jurídico no adimplemento substancial subsiste à quebra mínima do vínculo contratual, de importância escassa, porquanto que o efeito esperado pela parte adimplente é atingindo, ainda que não totalmente, mas de maneira satisfatória e útil [...]. A proporção ínfima inexecutada da obrigação não é apta a desnaturar a causa do contrato, preservando-o, porque a juridicidade da convenção estipulada entre a prestação e a contraprestação terá sido respeitada em sua grande parte.³⁵⁴

Mas deve-se atentar, ainda, que os efeitos vitais não podem ser aqueles verificáveis abstratamente, comuns, necessariamente, a todos os contratos de uma mesma espécie, sob pena de se estar estabelecendo guarida somente aos elementos categoriais inderrogáveis, descuidando da causa concreta que tem maior relevo na verificação da substancialidade do adimplemento³⁵⁵. Michele Giorgianni assim defende:

[...] a causa, consistente na "função" do negócio, pode ser deduzida a partir do conteúdo dele próprio. Como mencionado, a verificação do cumprimento do regulamento concreto de interesses implementado pelas partes, para os fins pretendidos pelo ordinamento, é suficiente também para a justificação causal (*ratio*) do negócio. Tal controle se exercita sobre o conteúdo *concreto* do negócio criado pelas partes, ou seja, o entrelaçamento de diferentes prestações do próprio negócio.³⁵⁶

Portanto, a *causa* funciona, quando da execução contratual, como fator de

³⁵³ SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007, p. 15.

³⁵⁴ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109-110.

³⁵⁵ “Note-se, porém, que não basta a verificação da causa em abstrato, normalmente identificada, no direito das obrigações, com a realização das prestações principais integrantes do tipo negocial em sua previsão normativa. Impõe-se o exame da causa em concreto, isto é, do atendimento dos interesses efetivamente perseguidos pelas partes com a regulamentação contratual. É o atendimento a esta função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em sua visão contemporânea.” (SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007, p. 15-16).

³⁵⁶ Tradução livre. No original: “[...] la causa, consistendo nella «funzione» del negozio, è desumibile dal contenuto del negozio stesso. Come si è detto, il controllo della rispondenza, del regolamento concreto di interessi attuato delle parti, ai fini perseguiti dall’ordinamento, è sufficiente anche per giustificazione causale (*ratio*) del negozio. Siffatto controllo si esercita sul contenuto *concreto* del negozio posto in essere dalle parti, ovverosia sul diverso intrecciarsi delle prestazioni del negozio stesso.” (GIORGIANNI, Michele. **La causa del negozio giuridico**. Milano: A. Giuffrè, 1974, p. 51).

eficácia³⁵⁷, “estando, por isso, capacitada a explicar institutos *como a exceção do contrato não cumprido*”³⁵⁸ e também o adimplemento substancial. Subsistindo a causa final concreta do contrato, pode se dizer que foi mantido o sinalagma, obstando potencialmente o exercício da resolução, pela parte prejudicada.³⁵⁹

Assim, sendo a causa “a representação antecipada que o ou os outorgantes do ato têm da finalidade que perseguem mediante a sua realização e que os determina a celebrar esse ato jurídico”³⁶⁰, a impossibilidade de alcançá-la, em razão do descumprimento obrigacional, implicará dizer que ocorreu o afastamento em relação ao interesse (o ponto médio entre necessidade e prestação) de tal maneira que foi intenso o suficiente para permitir a resolução contratual.

³⁵⁷ “A causa, então, é que justifica a prestação e a contraprestação, ou seja, o deslocamento patrimonial, uma vez que, se ela não é elemento do contrato (pressuposto de existência ou requisito de validade), pode opor-se como fator de eficácia, especialmente quando atua no sentido de admitir a geração dessas relações não contratuais, ou contratuais ex facto, ou paracontratuais, como se disse, nas quais se dê a reciprocidade das prestações. Vale dizer: a mesma estrutura que a causa desempenha nos contratos, pode ser encontrada nesse outro modelo de relações, justificando a sua juridicidade”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014, p. 9.)

³⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014, p. 15.

³⁵⁹ “Essa noção de *sinalagma* (reciprocidade de prestações) existente na *causa sinalagmática* justifica, ainda, tanto a manutenção de relações contratuais propriamente ditas e originadas pelo *consenso*, sempre que o *sinalagma* permanecer presente na fase funcional, como também pode significar a mitigação desta relação se o *sinalagma* desaparecer, ao longo da execução do contrato. Isso ocorre exatamente porque *causa sinalagmática* revela ser um *alargamento* das fontes das obrigações, em respeito à recomposição dos *deslocamentos patrimoniais*.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014, p. 9).

³⁶⁰ Tradução livre. No original: “[...] la representación anticipada que el o los otorgantes del acto tienen de la finalidad que persiguen mediante su realización y que los determina a celebrar ese acto jurídico.” (GARIBOTTO, Juan Carlos. **La causa final del acto jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, p. 65).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminho trilhado no estudo levou à constatação de já não poder mais o universo do direito das obrigações ser reduzido a uma relação atomizada, linear, composta simplesmente pela ideia de um antagonismo protagonizado por credor e devedor. Nisto já não se encontra mais a completude de definição da relação jurídica obrigacional.

Complementarmente, se observou uma relação jurídica complexa, formada por uma série de deveres, ônus e sujeições, impostos tanto ao devedor quanto ao credor, direcionando a relação ao adimplemento, seu fim esperado, que só é alcançado pela satisfação do interesse.

Por este aspecto, não só as prestações centrais, representativas dos direitos e deveres primários, devem ser consideradas. A visão mais refinada de obrigação como processo apresenta um encadeamento de eventos, em função de direitos e deveres principais, acessórios e laterais, buscando o adimplemento, se adequando com maior precisão aos novos ditames incidentes sobre as relações obrigacionais, especialmente as contratuais.

Assim, deve ser o adimplemento entendido como a satisfação dos interesses surgidos e envolvidos na relação obrigacional, bem como a realização do modelo de conduta descrito no momento da formação do contrato. Com isso, se enfraquece a ideia de uma sujeição genética e permanente do devedor em relação ao credor.

O Código Civil, ao apresentar o inadimplemento, não o definiu. Limitou-se a elencar seus potenciais efeitos dentro de dois grupos: o inadimplemento absoluto e a mora.

As formas de verificação do adimplemento e do inadimplemento, com suas subdivisões, também passarão por uma alteração desde a concepção clássica das relações obrigacionais. Não é mais recomendável que as consequências das espécies de descumprimento sejam vistas como estanques e predefinidas, despidas de valores extraídos da completude do ordenamento jurídico.

Esta metodologia, que aplicada à visão de obrigação como um processo traz a necessidade de cooperação entre os integrantes da relação, em função da observância da boa-fé objetiva, é hábil para justificar não só proteção à satisfação dos interesses do credor, mas também aos do devedor, especialmente protegendo-o de exercício abusivo do direito à resolução contratual.

O Código Civil prevê a configuração do inadimplemento definitivo sempre que aquilo ainda devido impedir a satisfação do interesse do credor. Uma interpretação a *contrario sensu*, leva ao entendimento que sendo a prestação ainda útil, não há de se reconhecer o inadimplemento absoluto, nem de se aplicar suas consequências mais gravosas à existência do vínculo contratual. Buscando conformar tal ideal às relações contratuais, uma das teorias que surgiu buscando apresentar novas possibilidades valorativas em relação à verificação do cumprimento das obrigações é a do adimplemento substancial.

Pela teoria, o direito formativo extintivo à resolução do vínculo contratual, presente no Brasil pelo artigo 475, do Código Civil, aparentemente incontestável, já que não adjetivado o inadimplemento ali mencionado, pode ser obstado nos casos de ser aquilo já prestado tão próximo ao pretendido pelo programa contratual, que não se abale o sinalagma.

É importante que reafirmar, com maior segurança, que a constatação da existência, além de direitos e deveres primários, também de secundários e laterais, leva à conclusão que a infração somente aos últimos não tem menos peso do que aos primeiros na avaliação valorativa e funcional do adimplemento. Embora possam ter origens e razão de ser distintas, todos apresentam relevância para a aferição da substancialidade do adimplemento.

O suporte fático para a aplicação da teoria exige, portanto, dar, fazer ou não fazer algo tão próximo àquilo pactuado, que não seja juridicamente tutelável a tentativa de desfazer o vínculo, remetendo o lesado a meios alternativos de satisfação.

Tais alternativas podem se consubstanciar em consequências tais como execução do saldo remanescente que não fora pago, cumulado com pedido de indenização por perdas e danos ou redução proporcional do pagamento do preço em relação à inexecução mínima, caso ainda não tenha sido paga a integralidade. Tais hipóteses exemplificam bem a manutenção da existência de prestação a adimplir, de modo que a aplicação da teoria do adimplemento substancial não extingue a obrigação remanescente.

A partir deste ponto da pesquisa, a busca se voltou para o que poderia ser considerado como adimplemento próximo ao esperado ou inadimplemento grave o suficiente, além de tentar estabelecer alguns pontos pelos quais a análise da substancialidade devesse necessariamente passar, já que a ideia central da teoria,

isoladamente, não possibilita uma segura aplicação prática.

Nesta jornada por aprofundamento sobre a teoria, a análise de sua origem, no sistema jurídico inglês, de *commow law*, demonstrou que ela inicialmente foi concebida com lastro na probidade e na boa-fé contratual, sendo feita distinção de cláusulas a partir de sua natureza – se *warranty* ou *condition*, somente podendo ser mantido o contrato se não houvesse violação ao último tipo.

Com a dificuldade surgida em razão de não se conseguir preestabelecer a relevância de determinada cláusula a partir de sua natureza, a teoria se aperfeiçoou, desvinculando-se a possibilidade de sua aplicação do tipo de obrigação (dependentes ou independentes), para adotar uma embrionária ideia de funcionalidade, pela qual a gravidade da violação à totalidade contratual seria o norte para a definição de substancialidade.

Assim, sendo o inadimplemento fundamental (*fundamental breach*) ao programa contratual, causando prejuízo relevante à contraparte, não se poderia obstar a resolução. Não se configurando o aspecto fundamental na violação da obrigação, seja ela principal ou acessória, poderá se concretizar e gerar efeitos o adimplemento substancial.

A teoria, reverberando as mesmas ideias basilares, encontrou adesão em outros ordenamentos jurídicos, não só de *common law*, como os Estados Unidos da América, mas também de *civil law*, como França, Espanha, Itália, Portugal, Alemanha e Argentina, sendo prevista expressamente nos quatro últimos.

Nos Estados Unidos da América, o tratamento é o mesmo dado na Inglaterra após o refinamento da teoria que desfez a diferenciação, para fins de substancialidade, entre *warranties* e *conditions*, remetendo à quebra fundamental do contrato, de modo que aceitável a resolução somente se a desconformidade reduzir o valor do contrato globalmente considerado.

Na França e Espanha não se encontra norma positivada sobre o adimplemento substancial, remetendo-se à análise conjunta de dispositivos normativos, nomeadamente aqueles ligados à observância da boa-fé e da possibilidade de rejeição dos pedidos judiciais de resolução, visando à conservação dos contratos, para que se possa chegar à mesma ideia contida na teoria.

Já na Itália, Portugal, Alemanha e Argentina, a teoria encontra previsão expressa, impossibilitando a resolução lastreada em ausência insignificante em relação à completude das obrigações contratuais, desde que mantido o interesse do

credor, devendo este ser apreciado objetivamente. Especificamente em relação à Argentina, em virtude de ter reconhecido a teoria mais recentemente, já foram apresentadas algumas balizas interpretativas à sua aplicação. Os três primeiros países elencados, apesar de não apresentarem critérios gerais para a aferição de substancialidade do adimplemento, se fundamentam na boa-fé objetiva como indicador do padrão de conduta devido pelas partes, sendo exigido ao credor evitar impor obstáculos ao cumprimento da obrigação e, ao devedor, imprimir esforços para prestar de maneira regular aquilo disposto no contrato.

Ampliando a análise para o campo das normas supranacionais, encontrou-se a noção de adimplemento substancial na Convenção de Viena por sentido inverso do conceito atribuído ao inadimplemento fundamental lá constante. De acordo com a convenção, a resolução deve ser baseada em violação de parte fundamental ao contrato, que venha a originar dano substancial a ponto de privar a parte adimplente da expectativa gerada na prestação prometida.

O mesmo conceito para permitir a aplicação da teoria é usado pelo UNIDROIT, em seus Princípios acerca dos Contratos Comerciais Internacionais, e pela proposição de consolidação dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, ao estabelecer a possibilidade de manutenção do contrato se a obrigação descumprida representa parte mínima da prestação, que não faça desaparecer o interesse do prejudicado. Como se viu, mais uma vez está presente remissão à expectativa, ou seja, a interesse legitimamente surgido da relação e, portanto, tutelável juridicamente.

No Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916, os olhares para a valoração da gravidade do descumprimento não eram comuns. Muito embora existissem manifestações neste sentido durante a vigência do código anterior, a exemplo daquelas emanadas dos estudos e pelos discípulos de Clóvis do Couto e Silva, o sistema normativo ainda valorizava sobremaneira o *pacta sunt servanda*.

Com a positivação da boa-fé objetiva e da função social dos contratos pelo Código Civil de 2002, firmou-se, no direito das obrigações, a resignificação de alguns institutos, consolidando o adimplemento como fim de todo o programa contratual, atraindo as diversas obrigações recíprocas que podem ser estabelecidas em cada contrato.

Ao ser estabelecida a possibilidade de temperança hermenêutica quanto à verificação do adimplemento, foi visto que, no Brasil, isso se lastreia na boa-fé

objetiva, especialmente em seu viés de limitação ao exercício de direitos subjetivos de forma abusiva, por considerar-lhes atos ilícitos, indignos de tutela, assim como na função social dos contratos, que, em regra, se realiza plenamente com o término normal das relações contratuais.

Percebeu-se, portanto, que também no Brasil, a aplicação da teoria do adimplemento substancial não é só possível, mas também recomendável, ante as necessidades do tráfego jurídico da sociedade contemporânea, que carece da aplicação razoável das potenciais sanções ao inadimplemento de diminuta importância, desde que ainda se possa resguardar a manutenção do programa contratual.

O avanço da pesquisa permitiu perceber a constante remissão à satisfação dos interesses advindos da relação obrigacional como norte interpretativo da substancialidade do adimplemento. Entretanto, especificamente no Brasil, os julgados da corte de uniformização de matérias infraconstitucionais que tenham se valido da teoria demonstraram a predominância de uma análise matemática, quantitativa, em aparente detrimento de uma análise qualitativa.

Diante de tal constatação, se passou a buscar elementos qualitativos de aferição da substancialidade, a fim de identificar e estabelecer os parâmetros de aplicação da teoria, o tanto quanto possível, em um campo mais delimitado.

Demonstrando que não se pode limitar a aferição do adimplemento aos critérios legais básicos – tempo, lugar e forma, representativos da pontualidade do cumprimento e igualmente relevantes entre si, aprofundou-se a análise, na tentativa de demonstrar que também devem influenciar, na aplicação da teoria, o comportamento dos contratantes, bem como o que se optou por chamar, em substituição ao termo essencialidade, de fundamentalidade do objeto da relação contratual.

Na seara supranacional, a Convenção de Viena, os princípios do UNIDROIT e do Direito Europeu dos Contratos firmaram alguns pontos, não exaustivos, para a verificação da substancialidade, ligadas a três vieses principais: insignificância do inadimplemento, diligência no desenvolvimento da obrigação e a satisfação do interesse.

Entre tais esferas de verificação, a insignificância do inadimplemento pode ligar-se unicamente ao critério de verificação matemático, percentual, mormente nas obrigações de dar. Ao se estabelecer a crítica da insuficiência de análise pelo

Superior Tribunal de Justiça quanto à utilização da teoria do adimplemento substancial, não se rejeitou o critério matemático, mas sim foi apontada a necessidade de complementação.

Em relação à diligência no desenvolvimento da obrigação, trata-se de critério qualitativo para verificação da boa-fé na conduta dos contratantes, pois se ausente, estará obstada a aplicação da teoria, em razão do desmerecimento de tutela àquela atitude coberta de má-fé.

Por fim, e mais inquietante, deparou-se com a satisfação dos interesses, constante remissão em todos os ordenamentos que, de uma ou outra forma, reconhecem a teoria. Dentre os critérios já mencionados, não se encontra nenhum que permita averiguar com maior precisão, conforme proposto anteriormente, a satisfação dos interesses. Portanto, o estudo voltou-se para o que poderia ser considerado interesse juridicamente relevante, a ponto de influenciar na manutenção da relação contratual, mesmo diante de inadimplemento, ainda que pouco expressivo.

Inicialmente, apontou-se no que consistiria o interesse, firmando-lhe como um ponto médio entre a necessidade do credor e o que possui, pode fazer ou deixar de fazer o devedor. E tal espaço criado entre os integrantes da relação se preencheria, se satisfaria, pelo adimplemento. Entretanto, perceber onde se situa o interesse não fora suficiente para adentrar na forma de sua definição, mantendo, até então, a inviabilidade teórica de sua verificação.

Em seguida, constatou-se a insuficiência da dicotomia entre interesse subjetivo e interesse objetivo. O primeiro, por tratar primordialmente da vontade tácita, hipotética, inalcançável ao Direito. Isso, pois, em virtude das formas variáveis pelas quais pode se manifestar o inadimplemento nos casos concretos, aquele pensamento interior e exclusivo das partes não será capaz de se deter a todas as eventualidades, que escapam de previsibilidade absoluta.

Também nas tentativas de acomodar a perspectiva unicamente objetiva do interesse não se obteve êxito, pois as correntes que a defendem propugnam pela utilização de abstrações quanto às pessoas que se relacionam pelo liame contratual, desconsiderando aquele seu integrante específico, para averiguar se um indeterminado “contratante médio”, posto naquelas mesmas condições, consideraria a prestação adimplida.

Se pôde constatar, assim, que deve haver uma conjugação dos fatores

subjetivos e objetivos, evitando a utilização do mero interesse subjetivo do credor, buscando-se uma justificação objetiva para a perda subjetiva do interesse. A ideia remete a um critério composto, que averigua os elementos subjetivos recorrendo a argumentos racionalmente verificáveis e controláveis, buscando-se o interesse da relação em si, e não o de uma ou outra parte, motivo pelo qual se adotou, como parâmetro de verificação da substancialidade, o interesse objetivado.

Em razão da ideia de interesse objetivado se aproximar àquelas expressas durante a construção e afirmação da teoria da causa contratual, se passou a explorá-la, como forma de ampliar potenciais parâmetros analíticos à aplicação da teoria do adimplemento substancial.

A análise da teoria da causa contratual foi norteadada por indagações que há muito inquietam estudiosos de diversos ramos, tais como a razão pela qual alguém se propõe a integrar uma relação obrigacional, se a resposta a isso seria a simples obtenção do bem ou conduta que se busca meio da relação.

De tal ponto de partida, verificou-se que, em razão do termo “causa” comportar várias acepções, diversas teorias surgiram gravitando seu entorno. O estudo sobre a causa realizado por Aristóteles estratificou-a em quatro aspectos, a causa material, formal, eficiente e final. No campo contratual, as duas primeiras refletem-se no objeto e forma, as duas últimas, por sua vez, consistem em elementos externos ao contrato.

Pela definição de causa final, que de forma ampla remete a um objetivo e, quando transportada para o âmbito das relações contratuais, ao adimplemento, esta acepção destacou-se das demais, assumindo maior relevância no estudo da teoria do adimplemento substancial, pelo que se passou a explorá-la de forma mais detalhada, já a nomeando causa contratual final.

Entretanto, antes de proceder a tal exploração, foi necessário diferenciá-la de algumas ideias com as quais poderia vir a ser confundida, especificamente a de objeto, motivo, elemento categorial inderrogável e causa das obrigações.

Estabelecidas as distinções, adentrou-se ao conceito de causa final, culminando no de causa contratual final concreta, como sendo aquele conjunto de elementos que individualizam um contrato dos demais, ainda que da mesma espécie, vistos sob o foco de unidade conceitual, estabelecendo-lhe um objetivo comum.

Após a apresentação do conceito de causa do contrato como encontro

objetivo dos motivos, tornando-a única em cada arranjo contratual, foi possível apontar com maior facilidade a relação com o adimplemento substancial, especialmente pela ideia de verificação do interesse no caso concreto pela distância havida daquele ponto médio entre necessidade e prestação das partes.

Viu-se, ainda, que a causa contratual final não mais se identifica exclusivamente com a função econômica e social de cada típico ajuste, indo além, para corresponder estritamente aos interesses extraídos de um negócio jurídico considerado concretamente, ou seja, uma finalidade para aquele ajuste contratual específico.

Por tal razão, dirigindo-se o adimplemento não somente a satisfação do credor, mas à conformação de sua função socioeconômica, identificada na causa do ajuste estabelecido entre os contratantes, pode se dizer que adimplemento exige mais do que a satisfação do interesse unilateral dos contratantes, mas, como fim último, o atendimento à causa do contrato.

Assim se, ladeando a causa com o interesse durante a análise da substancialidade do adimplemento, puder ser observado que o prestar fora suficiente para a ocorrência dos efeitos essenciais pretendidos e expressados objetivamente na gênese contratual, sem haver comportamento que viole a boa-fé objetiva, se faz necessária a concessão de tutela jurídica para que se conserve o contrato, não sendo relevante, para tanto, a satisfação individual de uma ou outra parte, pois, subsistindo a causa do contrato, verificável caso a caso, concreta, portanto, poderá se dizer que foi mantido o sinalagma, sendo possível obstar o exercício da resolução.

Entretanto, a valoração da substancialidade não admite regras totalmente estanques, predefinidas, sendo necessária uma análise concreta, passando por alguns pontos. O estudo permitiu sugerir alguns parâmetros relevantes para a averiguação da possibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial. Alguns, configurando-se como elementos de presença necessária, outros, de presença impeditiva à aplicação e, em uma terceira categoria, elementos auxiliares à verificação da substancialidade.

I – Elementos que impedem a aplicação da teoria:

- a) Descumprimento integral: O inadimplemento de diminuta importância é

premissa da aplicação da teoria e, muito embora sua verificação seja complexa, a constatação da integralidade do descumprimento pode ser simples, de modo que tendo tal característica, impossível impor a perpetuação da relação contratual, por clara impossibilidade de alcance do seu fim.

b) Abuso de direito do inadimplente: Assim como ao credor é vedado abusar do direito à resolução, sendo a boa-fé uma via de mão dupla, ao devedor também o é.

O exemplo trazido ao tratar do comportamento dos contratantes, no caso da invocação da teoria pela parte adimplente, pode demonstrar bem isso. Imagine-se que fosse comprovada uma imensa desvalorização, após a celebração do contrato, do imóvel envolvido no caso anteriormente abordado, no qual o devedor, após pagar 136 (cento e trinta e seis) das parcelas devidas, não conseguiria mais pagar as 5 (cinco) últimas, pedindo a resolução do contrato, por inadimplemento próprio, com a devolução para si dos valores pagos, devidamente corrigidos.

Caso a resolução fosse aplicada, o credor, que havia cumprido todas as suas obrigações, deveria restituir todos os valores recebidos, devidamente corrigidos, o que, na configuração fática proposta representaria um total muito superior ao valor de mercado atual do bem. Assim, percebe-se a tentativa do devedor abusar de um direito que poderia lhe assistir para enriquecer sem causa, sendo recomendável, para impedi-lo, que se mantenha o vínculo contratual.

c) O descumprimento intencional ou o comportamento que confira à parte prejudicada razões para desconfiar do cumprimento futuro pela outra parte.

d) Infração à obrigação essencial, estabelecida por cláusula resolutiva expressa, para aquele programa contratual específico: A melhor técnica contratual permite aos contratantes que estabeleçam, de forma prévia e clara, tais ou quais obrigações como sendo essenciais. Obviamente, como foi dito ao se tratar da essencialidade contratualmente estabelecida do termo como impeditivo da aplicação da teoria, por tratar-se de cláusula contratual, sempre é cabível o controle judicial. O que se faz ao estabelecer contratualmente a essencialidade é designar um campo mínimo dentro do qual o inadimplemento será verificável de forma mais segura.

II – Elementos necessários à aplicação da teoria

a) Ausência de má-fé exteriorizada do contratante: Fala-se em ausência de má-fé exteriorizada, pois nem sempre será possível verificar a presença da boa-fé objetiva, o que não obsta, em princípio, a aplicação da teoria, já que a boa-fé pode ser presumida.

Se a configuração fática não demonstrar objetivamente que houve má-fé, o conjunto de parâmetros de verificação da substancialidade do adimplemento ainda poderá recomendar a manutenção do vínculo.

b) Inadimplemento mínimo, se considerado em relação à completude do programa contratual: Trata-se, neste ponto, de verificar-se a medida em que a parte prejudicada ainda poderá obter a vantagem que poderia razoavelmente antecipar, de modo a satisfazer o interesse objetivado.

c) Manutenção da causa contratual final concreta, com o consequente atendimento da função socioeconômica pela relação contratual.

III – Elementos auxiliares à verificação da substancialidade

a) (Im)possibilidade ou extrema dificuldade de retorno ao *status quo ante*: Com a eventual resolução, os contratantes deverão restituir reciprocamente o que obtiveram do contrato. A impossibilidade ou extrema dificuldade do retorno de bens materiais ou imateriais ao patrimônio jurídico dos integrantes da relação obrigacional deve ser levada em consideração na formação da regra de decisão a ser aplicada em eventual pedido de resolução baseado em inadimplemento contratual.

b) O prejuízo a direitos fundamentais garantidos, expressos ou exercidos por meio da relação contratual: O contrato, como explicitado em passagens anteriores, é também um instrumento de realização e garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que sendo o objeto daquele contrato ligado a tal categoria de direitos, a possibilidade de manutenção do vínculo, em detrimento do inadimplemento, ganha reforço.

c) Existência de outros meios para a satisfação ou a medida em que a parte prejudicada poderá ser adequadamente compensada pelos prejuízos em razão da falta de cumprimento completo.

d) A natureza do objeto do contrato, se fungível ou infungível.

e) Diligência do devedor no desenvolvimento da obrigação, observando o que e como a parte inadimplente já prestou ou fez preparativos para prestar, bem como a maior ou menor dificuldade objetiva superveniente em cumprir o contrato.

Com o apontamento dos parâmetros propostos, se buscou esclarecer que, da ideia Bettiana de causa como função econômico social, houve uma evolução, adotando a ideia de causa contratual final como a conjugação das diversas obrigações e suas causas, presentes em cada contrato, formando uma causa contratual final concreta, única para cada relação e que, se não abalada profundamente pela alteração ou impossibilidade de se atingir a causa de uma das obrigações que a compõe, permite e recomenda a manutenção da relação obrigacional.

A relação contratual pode ser formada, e em regra o é, por diversas obrigações recíprocas, que, assim como vários fios, formam uma linha, maior e mais forte do que suas partes individualmente consideradas. O rompimento de um só dos fios não levará, necessariamente, ao rompimento da linha formada pelo conjunto deles.

Da mesma forma, a impossibilidade de alcance da causa de uma das obrigações inseridas em uma relação contratual não implicará, necessariamente, na impossibilidade de continuidade da relação, especialmente diante de outros mecanismos para que se busque a reparação daquilo que não se adimpliu, ou seja, o reconhecimento de que o contrato foi substancialmente adimplido, fazendo o direito formativo extintivo à resolução tornar-se desmedido, injustificável, de modo que não sendo mais legítimo, não merece tutela jurídica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 31, n. 121, p. 211-255, jan-mar 1994.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Código Civil**: da extinção do contrato. v. 4, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Interpretação do contrato. In: **Revista de direito do consumidor**, n. 17, p. 5-19, jan./mar. 1996.

ALVES, Jones Figueirêdo. A Teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impeditivo do direito de resolução do contrato. In: **Leituras Complementares de Direito Civil**: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 223-232.

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**: introdução ao jogo e suas regras. Brasília: Editora Brasiliense. 1981.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1980.

ALVIM, Arruda. A sintonia da redação do artigo 112 do Código Civil com os princípios contemporâneos do negócio jurídico bilateral e do contato. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 24, n. 77, p. 13-16, jul. 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n. 193, p. 30-49, jan./mar. 1961.

ARAUJO, Luciano Vianna. O que significa simples interpretação de cláusula contratual? In: **Revista brasileira de direito processual**, v. 17, n. 68, p. 237-246,

out./dez. 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral – ações e fatos jurídicos. v. 2, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSIS. Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AUBREY L. Diamond; CORNISH, W.R.; GRABINER, A.S.; NOCK, R.S. **Sutton and Shannon on contracts**. Londres: Butterworths, 1970.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 11-17, mai. 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.n], 1986.

BALDUS, Christian. Interpretação histórica e comparativa no Direito privado comunitário: da concreção da "falta insignificante de conformidade com o contrato" In: **Revista de direito do consumidor**, v. 18, n. 72, p. 235-262, out./dez. 2009.

BARROS, Wellington Pacheco. A Interpretação dos contratos. In: **Ajuris**, v. 17, n. 49, p. 63-86, jul. 1990.

BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 21, n. 84, p. 149-169, out./dez. 2012.

BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance: conditions and conditions precedent. In: **The Modern Law Review**, v. 38, n. 4, p. 413-428, jul. 1975.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**: Teoria Geral, v. 1, p. 353-372. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 12, p. 68-78, out./dez. 1994.

BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos. In: **A teoria do contrato e o novo Código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 101-124.

BETTI, Emilio. **Interpretacion de la ley y de los actos jurídicos**. Tradução e prólogo: Jose Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. t. 1. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile**. v. 4. Milano: A. Giuffré, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: **Direito Contratual**: Temas Atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 19-40.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legítimo do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CATALAN, Marcos Jorge. Por um novo conceito de mora e de inadimplemento. In: **Arte jurídica**: biblioteca científica do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil e

Processo Civil Universidade Estadual de Londrina, Curitiba: Juruá, v.1, n. 1, p. 215-242. 2005.

CAVALLI, Cássio. **Mora e utilidade**: os Standards da utilidade no modelo jurídico da mora do devedor. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

CHAVES, Antônio. Resolução de contrato por descumprimento: distinção entre mora e inadimplemento. In: **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2011. p. 437-461.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Moacyr Lobo da. Interpretação de contratos. In: **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2010. p. 365-370.

DE LUCCA, Newton. Normas de interpretação contratual no Brasil. In: **Revista autônoma de direito privado**, n. 3, p. 95-144, abr./jun. 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Processual Civil brasileiro In: **Revista da Esmape**, v. 14, n. 29, p. 179-184, jan./jun. 2009.

DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A boa-fé na experiência jurídica brasileira. In: **Revista de direito privado**, v. 14, n. 55, p. 181-211, jul./set. 2013.

EHRHARDT, Marcos. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 56, p. 141-155, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Boa-fé como itinerário do processo obrigacional: inexigibilidade de dívida e ausência de causa In: **Soluções práticas de direito**: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 57-89

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. **O princípio da função social do contrato e seu controle jurisdicional**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de fundamental breach constante do art. 25 da CISG. In: **Revista de arbitragem e mediação**, v. 10, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2013.

FRANÇA, Rubens Limongi. Do objeto do direito obrigacional. In: **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011. p. 691-714.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

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

GANDOLFI, Giuseppe. **Código europeu dos contratos**: projeto preliminar. Tradução: Naiara Posenato. Curitiba: Juruá, 2008.

GARIBOTTO, Juan Carlos. **La causa final del acto jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.

GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na resignificação da ideia de contrato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 22, n. 90, p. 191-211, nov./dez. 2013.

GIORGIANNI, Michele. **La causa del negozio giuridico**. Milano: A. Giuffrè, 1974.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social dos contratos**: os novos princípios contratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Fernando de Paula. Do contrato: interpretação e boa-fé. In: **Revista de direito privado**, n. 27, p. 96-142, jul./set. 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, 4. ed. Forense, Rio, 1976.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral das Obrigações, v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORLA, Gino. **El contrato**: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. Tradução, notas de comparação e adaptação ao direito espanhol por Jose Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959.

GRUENBAUM, Daniel. Resolução do contrato: avoidance na CISG. In: **Revista de arbitragem e mediação**, v. 10, n. 37, p. 83-105, abr./jun. 2013.

GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. In: **Revista de direito privado**, n. 26, p. 30-76, abr./jun. 2006.

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 900, p. 45-84, out. 2010.

HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. In: **Revista de direito privado**, v. 10, n. 37, p. 9-26, jan./mar. 2009

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Interpretação do contrato. In: **10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344-357.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 93, p. 209-229, maio/jun. 2014.

KOLLERT, Ana Maria Cortes. (Org.). **Langenscheidt taschenwörterbuch:** portugiesisch deutsch: von Lutz Hoepner. Berlin: Langenscheidt, 2001.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. In: **Revista trimestral de direito civil:** RTDC, v. 11, n. 43, p. 33-75, jul./set. 2010.

LANDO, Ole; BEALE, Hugh (Org.). **The Principles of European Contract Law Parts I and II.** Haia: Kluwer Law International, 2000.

LANDO, Ole; BEALE, Hugh (Org.). **Principios de derecho europeo de los contratos.** Tradução: Fernando Martínez Sanz. disponível em <<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>>. Acesso em: 27.07.2014.

LARENZ, Karl. Culpa in contraendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”. Tradução: Karina Nunes Fritz. In: **Doutrinas essenciais:** obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2010. p. 1191-1202.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones.** t. 1. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução: Alessandro Hirata. In: **Revista direito GV**, v. 2, n. 1, p. 55-63, jan./jun. 2006.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. A Boa-Fé nos Contratos de Adesão. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2000.

LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 504-528.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. A causa dos contratos: estudo sintético acerca da teoria da causa no sistema brasileiro. In: **Revista IOB de direito civil e processual civil**, v. 11, n. 63, p. 93-110, jan./fev. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O Contrato:** exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 722, ano 84, p. 40-45, dez. 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. O ante-projeto de código de obrigações. In: **Archivo Judiciario**, v. 57, p. 85-87, jan./mar. 1941.

LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil**. v. 2, 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. t. 1, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999.

LOTUFO, Renan; NANNI, Gionanni Ettore (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativa: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. In: **Ajuris**, v. 16, n. 45, p. 213-

244, mar. 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 95-113, fev./jun. 2002. Edição especial, parte 1.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). v. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 2. ed. vol. 5, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da boa-fé. In: **Ajuris**, v. 17, n. 50, p. 207-227, nov. 1990.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: **Revista brasileira de direito comparado**, n. 29, p. 63-102, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

MEORO, Mario E. Clemente. **La facultad de resolver los contratos por incumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1, p. 133-160.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 29. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOORE, Michael S. **Causalidad y responsabilidad**. Tradução. Tobías J. Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do Contrato. In: **Civilistica.com**, ano 2, n. 4, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2014/02/A-causa-do-contrato-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

MORAIS, Fabíola. **Aproximação do direito contratual dos Estados-membros da União Européia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta / adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, p. 50-60, out/dez 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: **Revista de direito privado**, n. 17, p. 65-70, jan./mar. 2004.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Pressupostos para a compreensão da estrutura axiológica do moderno direito de obrigações. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 897, p. 9-19, jul. 2010.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. In: **Revista de direito privado**, n. 20, p. 235-265, out./dez. 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e políticas públicas como causa final. Relações obrigacionais duradouras de prestações complexas.

Interpretação do contrato e adimplemento substancial. Irresolubilidade do domínio no caso concreto. Ação de revogação da doação como constitutiva negativa (prazo decadencial). Supressão nas relações jurídicas com a administração. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 32, p. 335-377, out/2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 6. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**. t. 2, 5, 22 a 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012-2013.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERTAJN, Décio. **Pacta sunt servanda?** O caso dos contratos da soja verde. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5jg1v63w#page-1>>. Acesso em: 05.08.2014.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 3. ed. Tradução: Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira; TARIFA, Rita de Cássia Resquetti. A doutrina da causa e a relação negocial. In: **Negócio jurídico**: aspectos controvertidos à luz do novo Código Civil. São Paulo: Mundo Jurídico, 2005. p. 113-167.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. In: **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 866, p. 24-47, dez. 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. In: **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São

Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, n. 141, p. 7-30, jan./mar. 2006.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p 147-171, 2013.

SANTOS. Fabíola Albuquerque. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In: **Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 233-243.

SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. In: **Giustizia Civile**, Milano: Giuffrè, v. 35, p. 497-514, out.1985.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SCHREIBER, Anderson. A Tríplice Transformação do Adimplemento – Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras. In: **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Clovis V. do Couto e. A Teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 79, n. 655, p. 7-11, mai. 1990.

SILVA, Clovis V. do Couto e. Teoria da causa no direito privado. In: **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 21-30, mar./abr. 1954.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 6) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. (Coleção

biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v. 7) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: **O Novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99-126.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A doutrina da *consideration* e suas relações com a teoria da causa. In: **Estudos de direito civil, internacional privado e comparado: coletânea em homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera**. São Paulo: Leud, 2014, p. 287-298.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Revisão de contratos no código civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do código civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p.378-400.

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

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTr, 2008.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. In: **Revista de direito privado**, v. 14, n. 54, p. 65-98, abr./jun. 2013.

STIGLITZ, Rubén S. **Objeto, causa y frustracion del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual de Direito das Obrigações**, t. 1, 2.^a ed., Lisboa: Coimbra, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. In: **Revista da Esmese**, Aracaju, n. 3, p. 23-44, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. In: **Revista de direito privado**, v. 10, n. 38, p. 149-175, abr./jun. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 876, p. 11-43, out. 2008.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição. In: **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 126, p. 123-127, 2002.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social do Contrato: Conceito e critérios de aplicação. In: **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005.

TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileira. In: **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 49-85, fev. 2014.

TRIMARCHI, Pietro. Interesse positivo e interessi negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento. In: **Rivista di Diritto Civile**. Parte Prima: dottrina, v. 48, n. 5, p. 637-648, set./out. 2002.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: **Direito civil contemporâneo**: Novos problemas à luz da

legalidade constitucional, São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-237.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles.html>> Acesso em: 02.03.2014.

URBANO. Hugo Evo Magro Corrêa Urbano. A eficácia externa dos contratos e a responsabilidade civil de terceiros. In: **Revista de direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 11, n. 43, p. 180-231, jul./set. 2010.

USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos**: temas atuais. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**: Conceito, estrutura e função da relação obrigacional. Fonte das obrigações-Modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. v. 2, 2. ed. Coimbra, Almedina, 1976.

VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica da função social dos contratos / art. 421 do Código Civil. In: **Revista de direito privado**. v. 14, n. 54, p. 99-125, abr./jun. 2013.

VERAS, Ney Alves. **Revisão judicial dos contratos**: o direito de ação e a intervenção do estado nas relações negociais. São Paulo: LED, 2005.

VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIGARAY, Rafael Alvarez. **La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento**. Granada: Universidad de Granada, 1972.

VINAGRE, Marta Maria. A Outra Face do contrato. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 12, n. 44, p. 102-124, abr./jun. 1988.

WALD. Arnaldo. O interesse social no direito privado. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo: Thompson & IOB, n. 77. p. 129-148. Maio/junho 2006.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. In: **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 942, p. 117-139, abr. 2014.

ARTIGOS

Teoria do adimplemento substancial: seus fundamentos e os critérios para configuração da mora insignificante

Análise sobre os aspectos gerais das obrigações, aspecto contratual, com foco nos seus fundamentos, que destacam-se essenciais ao alcance da boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Por **Livia Fedocci Fachin**

DIREITO CIVIL | 22/SET/2019

 Salvar como favorito

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade traz relações interpessoais e, conseqüentemente, direitos e deveres. Assim, através das obrigações o cidadão é submetido ao encargo de cumprir o prometido, principalmente os termos da relação contratual.

Porém, há casos em que o acordado não pode ser realizado, ocorrendo o inadimplemento. Existem várias formas deste, contudo não será qualquer um causador de resolução contratual, mas sim, de responsabilização.

A extinção contratual se dá em virtude da obrigação não poder mais ser satisfeita ou o credor não mais desejá-la. Entretanto, não é uma imposição, mas uma faculdade da parte se não desejar exigir o cumprimento, é medida excepcional e que deve ser usada em extrema necessidade.

Justamente por esse motivo surge a teoria do adimplemento substancial. O presente trabalho terá por finalidade demonstrar a aplicabilidade desta tese e dos critérios para definição.

Assim, o artigo será dividido em dois capítulos. No primeiro serão descritas as obrigações, o aspecto contratual e as consequências dessas, incluindo o adimplemento e inadimplemento.

No segundo capítulo será apresentado o adimplemento substancial, descrevendo que este mitiga a compulsoriedade do contrato quando há o abuso de direito e expondo os seus fundamentos: boa-fé e função social do contrato. Ainda, serão elencados critérios para aplicação do mesmo, sendo comprovados por julgados, já que se trata de inovação doutrinária e jurisprudencial.

Por fim, será comprovado que a tese exposta se torna excelente instrumento jurídico para evitar injustiças e desigualdade, pois o contrato não será extinto, já que há o cumprimento de parte substancial das obrigações estabelecidas entre as partes. Importantíssimo por impor limites ao credor para que não ocorram situações arbitrárias e um possível enriquecimento sem justificativa da parte afetada pelo descumprimento contratual.

A OBRIGAÇÃO

A obrigação é assunto muito importante, visto que rege a maioria das relações entre as pessoas, estando presente em todas as esferas da vida. São reguladas pelo Código Civil de 2002, dividem-se em obrigações de dar, fazer e não fazer.

Os contratos são a principal fonte das obrigações, são formas de cooperação entre as partes, pois cada uma possui direitos, deveres e ambas devem zelar pelo transcorrer do ajustado. Em decorrência desses, as partes assumem compromissos que devem ser cumpridos, caso contrário, existirão consequências.

Por isso, tão relevante quanto as obrigações, são o adimplemento e o inadimplemento.

Vige a autonomia da vontade, pela qual as partes têm a liberdade de contratar e estabelecer a forma de cumprimento das condições. Justamente decorrente dessa é que surge a obrigatoriedade em cumprir o ajustado.

Adimplemento é a execução espontânea e que põe fim ao liame entre os contratantes; pressupõe que a prestação quitada seja exatamente como a anteriormente ajustada, no objeto e forma determinados, gerando a liberação da obrigação.

Contrariamente, o inadimplemento se dá pelo não realização da obrigação ajustada e pode ser apresentado nos tipos absoluto ou relativo. O critério diferenciador é a utilidade da atribuição para o credor, conforme prevê o artigo 395, parágrafo único do Código Civil.

O absoluto se caracteriza pela insolvência da obrigação e não há como cumprí-la posteriormente pela impossibilidade ou não é mais conveniente ao credor que se realize.

Já o relativo mostra que a obrigação ainda é útil para o credor, o devedor pode cumprí-la em atraso, ou seja, pode executá-la tardiamente. É o caso das relações em que o cumprimento deve ser feito em dinheiro, pois mesmo não sendo quitado no momento ajustado, ainda poderá ser ulteriormente.

O inadimplemento relativo também é denominado Mora. Há o cumprimento imperfeito ou atraso, mas ainda pode ser satisfeita, conforme dispõe o artigo 394 do CC/2002.

A grande importância em diferenciar claramente os tipos de inadimplemento é a consequência de cada um. No inadimplemento absoluto caberá responsabilização patrimonial cumulada com a resolução contratual. Já na mora, será possível a purgação da mesma com acréscimo de juros, correção monetária, além da implicação financeira e, se não solucionada, também será possível a extinção contratual.

Porém como se revelam situações em que o devedor cumpriu a grande parte da obrigação e não pode realizar as demais? Trata-se da teoria muito relevante do ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Conforme as relações econômicas e sociais foram se transformando, os ajustes sociais também foram influenciados. O modelo contratual do “pacta sunt servanda” que previa que o contrato devia ser absolutamente cumprido passou a ser relativizado pelo equilíbrio contratual.

Por esse princípio, os contratantes têm a chance de rediscutir o contrato caso haja alguma situação que cause desproporção entre as partes. Além disso, protegem-se as partes para que uma não tenha o enriquecimento ilícito através do prejuízo da outra.

Decorrente do equilíbrio contratual manifesta-se a teoria do adimplemento substancial. Apesar de sua importância, esta tese ainda não é positivada na legislação brasileira, contudo, tem amplo emprego na jurisprudência.

O Código Civil no seu artigo 389 prevê que se o contrato é descumprido, o credor tem a chance de pleitear a extinção contratual ou exigir que seja cumprido, acrescido de responsabilização patrimonial. Pela teoria apresentada, a parte prejudicada diante da falta de ínfimo pagamento não poderia exigir a resolução contratual, mas apenas a regularização, em juízo, dos pagamentos, acrescidos de perdas e danos.

Dessa forma, o pacto acordado e seus dispositivos permanecem vigentes, inclusive com as obrigações das partes, sendo discutido apenas a normalização dos pagamentos em ação autônoma.

Assim, concorda o autor Marcos José de Paula em seu artigo:

Pela teoria do adimplemento substancial, que encontra sua origem no Direito Inglês, sendo denominada de substancial performance, tem-se que, quando a obrigação foi cumprida na sua essência a ponto de satisfazer o credor, afasta-se a resolução contratual em face do aproveitamento pelo credor do cumprimento, mesmo que este seja parcial. Tornando regra a preservação do contrato e a exceção a resolução do mesmo. [1]

No Direito Inglês, a teoria do adimplemento substancial é conhecida como substancial performance. No Brasil, influenciada pelos ingleses, iniciou-se por volta de 1988.

É forma de alcançar a justiça contratual e preservar as relações, já que os pressupostos são: que tenha sido cumprida parte substancial das obrigações, inadimplemento de ínfima parte, forma de cumprimento que atenda ao interesse do credor, mas que seja da forma menos prejudicial ao devedor.

Por isso, tanto credor, quanto devedor, devem ter seus direitos atendidos. A parte inadimplente ainda terá a imposição a ser seguida e o outro terá seu crédito atendido.

A problemática é caracterizar o que é ínfimo inadimplemento, sendo a grande questão divergente e o que gera controvérsia a respeito da aplicação ou não da teoria.

FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Como já explanado anteriormente, o Código Civil de 2002 não dispõe expressamente sobre o adimplemento substancial, contudo, apresenta as bases fundamentais dessa tese.

Essa tese propõe que não haja a supressão do contrato se existir o cumprimento de grande parte da avença, sendo forma de justiça, equilíbrio econômico das partes e cooperação (esta última positivada no Novo Código de Processo Civil no artigo 6º). Portanto, não prejudicando aquele que por razões diversas não conseguiu cumprir com o acordado entre as partes.

Assim, cumprem-se a utilidade social do contrato e a boa-fé objetiva, fundamentos do adimplemento substancial.

Corroborando tal afirmação, a IV Jornada[2] de Direito Civil firmou o Enunciado 361: “Arts. 421, 422 e 475. 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.”

Destarte, função social e boa-fé são elementos justificadores da teoria do adimplemento substancial.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Prevista no art. 421 do Código Civil, sendo um dos elementos essenciais da relação entre contratantes. De acordo com esta, prevalece o coletivo em detrimento dos interesses particulares, de modo que o hipossuficiente não seja prejudicado pela má-fé do outro.

Deve estar presente em todas as fases contratuais, nas tratativas e após o desempenho da obrigação. Inclusive prevalece sobre qualquer convenção contratual que contrariá-lo, como dispõe o artigo 2035 do Código Civil.

Funciona como limitador da atividade das pessoas, de modo que o contrato sirva como meio de equilíbrio entre as partes para alcançar o fim pretendido. Não é possível realizar um contrato em que somente uma parte se beneficie em detrimento da outra, pois, nesse caso, a dignidade da pessoa humana também estaria sendo desrespeitada. Nesse sentido:

Por fim[3], o estudo propugna por um contrato que realize a função social, na medida em que busque conciliar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º inciso III) e o da livre iniciativa (art. 170 caput), servindo ao mesmo tempo como um instrumento de circulação de riquezas e um instrumento realizador do ideal de Justiça Social, basicamente tutelando a pessoa humana, que é o valor supremo da nossa Lei Maior.

Portanto, o adimplemento substancial fundamenta-se na função social a medida em que impõe as partes equilíbrio contratual e igualdade. É garantia de cumprimento e permite o fim esperado pelas partes.

BOA-FÉ OBJETIVA

As relações contratuais envolvem pessoas distintas e que tem o dever de serem leais e justas umas com as outras, sem prejudicarem a si mesmas e terceiros. “O novo Código ampliou e regulou melhor a boa-fé quando estabeleceu, expressamente, a sua incidência na conclusão (celebração ou formação) e execução (cumprimento) do contrato[4]”.

Funciona como regulatório das relações obrigacionais, limitando a autonomia da vontade, visto que, impõe que os contratantes tenham postura de confiança e cumpram o estabelecido.

Contudo, nos casos em que isso não é possível, mas que a inadimplência foi mínima, o devedor deve ter como consequência uma forma menos gravosa, pois ainda possuía a intenção de adimplir.

O artigo 475 do Código Civil preceitua que se houver o inadimplemento do contrato, esse poderá ser resolvido ou ser exigido seu cumprimento. Porém, esse direito é limitado pela boa-fé objetiva quando há a abusividade, como na situação em que o descumprimento é de tão pequena parte que se torna insignificante.

Esse princípio impõe deveres de conduta entre as partes de modo que cumpram suas obrigações firmadas. O contratante que cumpriu substancialmente seu encargo não está agindo de má-fé, pois tem a intenção de integralizá-lo, não fazendo pela impossibilidade financeira naquele momento. Extinguir o contrato nessa situação seria afronta à boa-fé da parte que executou praticamente a totalidade do acordado.

Dessa maneira, a boa-fé objetiva funciona como limite à resolução contratual dado que firma um meio menos prejudicial ao devedor, tal como a cobrança dos valores pendentes cumulado com perdas e danos. Assim, “com o princípio da boa-fé objetiva, o direito de resolução é limitado se verificada a abusividade, como exemplo em caso de adimplemento substancial em que o contrato já foi cumprido na maior e principal parte, restando comprovado que o inadimplemento foi ínfimo[5], de escassa importância.”

O Enunciado 371 da IV Jornada de Direito Civil também prevê exatamente que a mora de pequena quantia não autoriza a extinção contratual, por violar a boa-fé objetiva.

O princípio em questão confirma-se como base do cumprimento substancial, pois “censura o exercício[6] abusivo de direitos subjetivos e impõe um comportamento aceito”. A preservação do contrato inadimplido em pequena parcela garante segurança jurídica aos contratantes que aderem ao firmado de acordo com a boa-fé objetiva.

CRITÉRIOS DEFINIDORES DO INADIMPLEMENTO INSIGNIFICANTE

Trata-se da questão chave, já que é assunto não pacificado na lei, mas que importantíssimo para firmar a aplicação da teoria do adimplemento substancial. A doutrina elenca alguns parâmetros para definir o quão seria o adimplemento ínfimo ou mínimo de acordo com os critérios quantitativo e qualitativo.

Conforme o aspecto quantitativo o inadimplemento deve ser tão pequeno a modo de não afetar a base contratual, isto é, os efeitos esperados pelo acordo entre as partes.

Alguns Tribunais de Justiça definem como aceitável para configuração da teoria se o devedor cumpriu mais de 80% (oitenta) do contrato, restando apenas pequena parte em débito.

Através da avaliação quantitativa é realizado o cálculo do percentual pago em comparação com o total combinado. Se o cumprimento do acordado foi em quantidade bem superior ao inadimplemento a ponto deste não interferir no resultado total, caberá a aplicação da tese do adimplemento substancial.

Justificativa é que o credor teve seu direito respeitado e a sua expectativa gerada pelo contrato foi atendida, pois obteve seu crédito e o aspecto não cumprido poderá ser exigido em ação autônoma de cobrança, isto é, receberá os valores de outra forma sem ser a mais gravosa ao devedor. Considera-se o valor devido comparado a quantidade de prestações já quitadas com o total.

Nesse contexto, o STJ enumerou no Recurso Especial nº 1.581.505-SC: [...] O julgamento avançou [7] para qualificar o que poderia configurar o decaimento mínimo para efeito de permitir a invocação da teoria do adimplemento substancial e afastar os efeitos da mora. Eis alguns exemplos:

a) Atraso na última parcela: REsp. 76.362/MT.

b) Inadimplemento de 2 parcelas: REsp. 912.697/GO.

c) Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem: REsp. 469.577/SC.

d) Inadimplemento de 10% do valor total do bem: AgRg no AgREsp 155.885/MS.

e) Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido:

O aspecto quantitativo revela-se importante, mas não se trata da forma principal e unitária de solução da configuração da mora insignificante.

Mais um parâmetro utilizado pela doutrina é o qualitativo ou subjetivo, pois julga o impacto do descumprimento de pequena parte do contrato para as partes. O exame desse critério se dá porque cada caso tem sua peculiaridade e o efeito do descumprimento de uma parcela pode ser pequena para um contrato, mas gigantesca para outro, a depender da situação em tela.

Assim, há a análise da importância do inadimplemento no contexto e os outros elementos presentes nessa relação ajustada.

O Superior Tribunal de Justiça entende que: "o julgamento [8]sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo. [...] Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor"(STJ, RECURSO ESPECIAL:1.051.270/RS,2015).

Destarte, a melhor maneira de ser configurada a mora insignificante deve ser aquela em que os critérios quantitativo e qualitativo misturam-se, a medida em que é considerada a quantidade de inadimplemento, mas alia-se a isso, o impacto que esse causou no contrato e à outra parte.

Deve ser verificado se o credor ainda terá meios de ter seu crédito satisfeito, de modo que o objeto do contrato não seja desfeito, mas que o devedor pague sua dívida, porém de forma menos gravosa. Não se trata de um perdão ao descumprimento contratual, mas se o credor obteve seu objetivo no contrato, restando em aberto parte tão pequena que não afeta o equilíbrio contratual e, além disso, o devedor tinha a intenção de cumprir o ajustado, mas não teve meios, não há que puni-lo demasiadamente.

O STJ firmou que a situação deve ser analisada conjuntamente com os critérios:

a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.(REsp 76.362/MT)

Portanto, os critérios servem de direção para identificar o quão substancial foi o adimplemento ou não. Deve ser verificado o aspecto de valores e o comportamento das partes, principalmente se a inadimplente descumpre reiteradamente o acordado (moras sucessivas) e purga posteriormente a mora, fato que justifica a não aplicação da teoria.

Somente com a criação de um parâmetro para identificar o “substancial” e a “mora insignificante” será possível controlar a discricionariedade na aplicação, pois em alguns casos a teoria se choca com algum aspecto.

Recentemente, em 2017, o STJ entendeu pela inaplicabilidade do Adimplemento Substancial nos contratos regidos pelo Decreto-Lei n. 911/69 com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.043/2014. A justificativa é que se há lei, esta prevalece sobre construção doutrinária e jurisprudencial. Dessa forma, é possível a busca e apreensão do bem em alienação fiduciária. Argui que se aplicável, o impacto econômico seria grande e traria mais prejuízos aos consumidores, já que os riscos seriam maiores e os custos também.

A garantia confere segurança ao Banco e, se ele não puder reaver o bem, ao invés de executar o contrato, terá que utilizar outros meios de cobrança para satisfação integral do débito. Com isso, seriam gerados custos à alienação fiduciária e os juros seriam maiores para compensá-los.

Além disso, descreve que a busca e apreensão é meio de exigir o cumprimento do contrato, pois se o inadimplente purgar a mora, terá a

posse do seu bem devolvida

Retirar o bem da posse do devedor aumentaria ainda mais a inadimplência, pois em alguns casos, o veículo é utilizado para gerar renda. O devedor ao adimplir grande parte age de boa-fé e o credor poderia utilizar-se da execução para realização da obrigação. De acordo com esse entendimento do STJ, a função social do pactuado não estaria sendo cumprida, desrespeitando, inclusive o equilíbrio contratual.

Nas demais hipóteses, como o caso da parte não quitar as últimas parcelas do seguro do veículo, ainda não há entendimento pacificado e nem lei que discipline, portanto, a jurisprudência coloca como plenamente cabível a aplicação da tese se preenchidos os requisitos. Dessa forma, o proprietário do veículo furtado ainda teria a proteção oferecida pela seguradora, conforme o STJ, Resp 76.362/MT 95.

Também nos casos, por exemplo, em que há transação de compra e venda em prestações e foram pagas a maioria dessas (TJRS, Apelação Cível 70020393559, 19/12/2007).

Posto isto, o adimplemento substancial serve de meio para coibir o abuso de direito e possibilitar o equilíbrio contratual. Além disso, impede a extinção do contrato, além de impor dever de cooperação entre credor e devedor.

CONCLUSÃO

O estudo das obrigações nos traz reflexões sobre as relações entre as partes envolvidas e seus desdobramentos, e essas considerações ganham especial vulto quando nos debruçamos sobre a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.

Ao analisarmos as obrigações notamos que se tratam de relações essenciais na vida de todos os indivíduos e suas implicações ainda mais importantes dependendo da forma que essas impactam na vida de cada parte.

O credor terá a possibilidade de pleitear a resolução contratual caso a parte não cumpra de forma absoluta o combinado. Contudo, no caso da mora poderá ser considerada a manutenção do negócio avençado, mas com as devidas responsabilidades à parte inadimplente.

Quando o descumprimento é ínfimo, a ponto de não impactar na relação contratual, extinguir o contrato é a pior forma ao devedor.

Justamente por isso, a jurisprudência adota como certa a serventia do adimplemento substancial, prevendo a permanência do contrato e seus efeitos, mas imputando ao devedor a responsabilidade de arcar com perdas e danos, além de quitar o débito restante.

Destacamos que essa teoria encontra ampla base doutrinária e aplicação jurisprudencial, apesar de não prevista expressamente em lei. O alicerce justificador do emprego dessa são os princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, pois considera-se a intenção de cooperação entre as partes e o impacto que aquele ajuste causa no todo.

Assim, destacamos que a tese exposta encontra grande aplicabilidade, sendo necessária para o equilíbrio contratual e evitando o enriquecimento ilícito.

Os conceitos apresentados sustentam ser necessária a manutenção do acordo pactuado entre as partes, pois foi cumprido praticamente a totalidade do mesmo, não frustrando a expectativa do credor, já que seu direito foi satisfeito e o impacto da pequena parcela descumprida é diminuto se considerado a totalidade. Além disso, o devedor deve ser cobrado da forma menos prejudicial à ele, não ocorrendo o abuso de direito.

No presente trabalho trouxemos as linhas gerais desta teoria com o objetivo de destacá-la como importante meio na busca do equilíbrio e justiça contratual.

Na sequência, destacamos a importância da definição dos critérios definidores da mora insignificante, pois somente com a delimitação será possível aplicar o adimplemento substancial, inclusive sem a discricionariedade de cada agente jurídico na aplicação.

Desta forma, foi possível constatar que através da análise dos parâmetros quantitativo e qualitativo firma-se que deve ser observado se a prestação ainda se faz proveitosa ao credor, além da comparação entre a parcela cumprida em relação ao total para que seja verificado se é ínfimo o inadimplemento. Também se faz necessária a observação do impacto gerado

pelo inadimplemento de pequena parte do contrato para ambas as partes e se havia a intenção da parte em cumprir o acordo, ou seja, se agiu de boa-fé e respeitou a pessoa do outro.

Os efeitos causados pelo inadimplemento devem ser mínimos a ponto de não justificar o cancelamento do contrato, por isso, que a análise dos aspectos objetivos e subjetivos é tão importante, caso contrário, serão causadas injustiças e desigualdade.

Portanto, os estudos realizados demonstraram que a teoria do adimplemento substancial se revela como atual e necessário instrumento jurídico para proporcionar soluções mais justas e equânimes, prevalecendo a situação fática e com amparo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 maio.2018.

ANDRIGHI, Fátima Nancy, coordenadora. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. Inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Civil Brasileiro. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAVALLI, Cássio. Mora e utilidade: os standarts da utilidade no modelo jurídico da mora do devedor. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

ENUNCIADOS, CJF. Enunciado 472. Disponível em:
<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 25 julho.2018.

HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. Revista da Esmese, Aracaju, n. 3, p. 199-212,2002. Disponível em:
<<http://www.esmese.com.br/revistas.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

JUSBRASIL. STJ, RECURSO ESPECIAL:1.051.270/RS, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. DJ: 2015.Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/126656621/stj-28-09-2016-pg-1457>>. Acesso em 01/08/2018

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações.1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULA, Marcos José de. A teoria do adimplemento substancial da obrigação no Brasil. Disponível em: <www.uel.br/revistas/direitoprivado>. Acesso em: 15 maio. 2018.

SOARES, Renata Domingues de Balbino Munhoz. A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência. 1 ed. São Paulo: LTr, 2008.

[1] PAULA, Marcos José de. A teoria do adimplemento substancial da obrigação no Brasil. Disponível em: <www.uel.br/revistas/direitoprivado>. Acesso em: 15 maio. 2018.

[2] ENUNCIADOS, CJF. Enunciado 472. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 25 julho.2018.

[3] HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no código civil de 2002. Revista da Esmese, Aracaju, n. 3, p. 199-212,2002. Disponível em: <<http://www.esmese.com.br/revistas.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2018

[4] SOARES, Renata Domingues de Balbino Munhoz. A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência. 1 ed. São Paulo: LTr, 2008.

[5] PAULA, Marcos José de. A teoria do adimplemento substancial da obrigação no Brasil. Disponível em: <www.uel.br/revistas/direitoprivado>. Acesso em: 15 maio. 2018.

[6] ANDRIGHI, Fátima Nancy, coordenadora. Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

[7] (STJ, RECURSO ESPECIAL:1.051.270/RS, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. DJ: 2015. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/126656621/stj-28-09-2016-pg-1457>>. Acesso em 01/08/2018)

[8] (STJ, RECURSO ESPECIAL:1.051.270/RS, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. DJ: 2015. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/126656621/stj-28-09-2016-pg-1457>>. Acesso em 01/08/2018)

Explore esta seção



[Artigos](#)

[Lista completa \(4.300\)](#)

[Publique seu artigo](#)

Leia também

NOTÍCIAS

[Parâmetros para evitar o desfazimento de negócios](#)

[Teoria do adimplemento substancial não incide em acordos de pensão alimentícia](#)

RESUMOS

[Espécies de contratos - Geral](#)

Fique por dentro

[Falta de pagamento de pensão alimentícia de caráter indenizatório não justifica prisão civil](#)

[Aposentado que teve empréstimo autorizado em seu nome de forma irregular deve ser indenizado](#)

[Pandemia: regime emergencial para as relações jurídicas de Direito Privado entra em vigor](#)

[Juiz deverá aplicar medidas coercitivas a familiares que se recusam a fazer DNA](#)

[Cônjuge que autorizou o outro a prestar aval não é avalista e não precisa ser citado em](#)

[execução](#)

Receba novidades por e-mail

Crie sua conta no DireitoNet para receber gratuitamente o boletim com as principais novidades do mundo jurídico.

[Criar minha conta gratuita](#)

A teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência

A teoria do adimplemento substancial goza de grande prestígio doutrinário e jurisprudencial na atualidade do Direito Contratual Brasileiro. Por essa teoria, nos casos em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, sendo a mora insignificante, não caberá sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, como a cobrança ou o pleito de indenização por perdas e danos.

A origem da teoria se encontra no Direito Costumeiro Inglês, especialmente na utilização do termo *substancial performance*, sendo mencionado como um dos seus primeiros casos a contenda Boone v. Eyre, de 1779. No Código Civil Italiano, há previsão expressa sobre o adimplemento substancial, no seu art. 1.455, segundo o qual o contrato não será resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver *escassa importância*, levando-se em conta o interesse da outra parte.

No caso brasileiro, a despeito da ausência de previsão expressa na codificação material privada, tem-se associado o adimplemento substancial com os princípios contratuais contemporâneos, especialmente com a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006, aprovou-se o Enunciado n. 361 CJP/STJ, estabelecendo que “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”. Vale lembrar que o art. 475 do Código Civil trata do inadimplemento voluntário ou culposos

do contrato, preceituando que a parte lesada pelo descumprimento pode exigir o cumprimento forçado da avença ou a sua resolução por perdas e danos.

Pontue-se que diante de divergência sobre qual princípio fundamentaria a teoria, aprovou-se um enunciado doutrinário em sentido amplo naquele evento, para satisfazer as duas correntes então existentes. De toda sorte, esclareça-se que, na opinião deste autor, o esteio principiológico do adimplemento substancial é a função social do contrato (art. 421 do CC), diante da busca de preservação da autonomia privada e da conservação do negócio jurídico.

No âmbito da jurisprudência superior, numerosos são os arestos que aplicam o adimplemento substancial. Partindo para os casos concretos, de início, incidiu-se a ideia à hipótese envolvendo a busca e apreensão de veículo objeto de venda com reserva de domínio, confirmando-se a impossibilidade de retomada do bem, com a consequente extinção do negócio (STJ, Agravo n. 607.406/RS, QUARTA TURMA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 09.11.2004, *DJ* 29.11.2004, p. 346). O mesmo caminho foi percorrido para afastar a liminar em ação de busca e apreensão concernente a alienação fiduciária em garantia de bem móvel, considerando-se o pequeno montante da dívida em relação ao valor do bem e o fato de ser a coisa essencial à atividade da devedora (STJ, REsp. 469.577/SC, QUARTA TURMA, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25.03.2003, *DJ* 05.05.2003, p. 310).

Mais recentemente, e na mesma linha, o Tribunal da Cidadania aplicou a teoria *substantial performance* a contrato de *leasing* celebrado entre duas empresas, uma financeira e uma empresa transportadora de mercadorias. O contrato dizia respeito à aquisição de 135 carretas, para a atividade da última. Como houve o adimplemento de 30 das 36 parcelas, correspondente a cerca de oitenta e três por cento do contrato, foi confirmado o afastamento da então ação reintegração de posse das carretas (STJ, REsp. 1.200.105/AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19.06.2012, *DJe* 27.06.2012). O aresto

também traz como conteúdo a função social da empresa, pelo fato de que a retomada dos bens móveis fariam com que a atividade da devedora se tornasse totalmente inviável.

A evidenciar o grande desafio da ideia de *cumprimento relevante*, deve-se analisá-lo casuisticamente, tendo em vista a finalidade econômico-social do contrato e dos negócios envolvidos. Sobre a análise dos critérios para a aplicação da teoria, elucida Anderson Schreiber que “o atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato ‘com a falta apenas da última prestação’, ou o recebimento pelo credor de ‘16 das 18 parcelas do financiamento’, ou a ‘hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito’. Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nas hipóteses ‘em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas’, ou de pagamento ‘que representa 62,43% do preço contratado’.” (A boa fé objetiva e o adimplemento substancial. Direito contratual. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008, p. 140).

De fato, como pondera o jurista, a análise do adimplemento substancial não deve ser meramente quantitativa, levando-se em conta somente o cálculo matemático do montante do cumprimento do negócio. Deve-se considerar também o aspecto qualitativo, afastando-se a sua incidência, por exemplo, em situações de moras sucessivas, purgadas reiteradamente pelo devedor, em claro abuso de direito.

A propósito, como têm pontuado doutrina e jurisprudência italianas, a análise do adimplemento substancial passa por *dois filtros*. O primeiro deles, é *objetivo*, a partir da medida econômica do descumprimento,

dentro da relação jurídica existente entre os envolvidos. O segundo é *subjetivo*, sob o foco dos comportamentos das partes no *processo contratural* (CHINÉ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di Diritto Civile*. Roma: Nel Diritto, IV Edizioni, 2013, p. 1369; citando a Decisão n. 6463, da Corte de Cassação Italiana, prolatada em 11 de março de 2008). Acreditamos que tais parâmetros também possam ser perfeitamente utilizados nos casos brasileiros, incrementando a sua aplicação em nosso País.

[1] Publicado no Jornal Carta Forense, edição de abril de 2015.

Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>



-
- [Homenagem à Jacob Dolinger: referência em Direito Internacional](#)
- [Soraia da Rosa Mendes participa do quadro 'Saber Direito Profissão' na TV Justiça](#)
- [José Fernando Simão participa do Jornal da Record News e tira-dúvidas sobre Direito das Sucessões](#)
- [Ministro Luiz Fux apresenta panorama do Processo Civil em livros lançados no TJ do Rio](#)
- [Homenagem a todos os advogados\(as\) e estudantes da área do Direito | 11 de Agosto](#)
- [Referências do direito ambiental – Leme Machado, Milaré e Bessa Antunes – enviam carta a Bolsonaro sobre novos rumos da Política Ambiental brasileira](#)
 - > [Ver mais Notícias](#)
- [Clássicos Forense](#)
 - > [Ver mais Clássicos Forense](#)
- [Podcast](#)



-
- [PGJ #025 – Nova Lei do Agro: Novidades no Crédito Rural e no Direito do Agronegócio, com Marcus Reis](#)
- [PGJ #024 – Consumidor na pandemia: e os meus direitos?, com Gediel Claudino de Araujo Júnior](#)
- [PGJ #023 – O Brasil e o Direito Internacional, com Valerio Mazzuoli](#)
- [PGJ #022 – A Constituição, a Federação e a pandemia, com Ana Paula de Barcellos](#)
- [PGJ #021 – Coronavírus: Requisitos de Concessão do Auxílio Emergencial, com Leonardo Cacao](#)
- [PGJ #020 – O Direito de Família do futuro para as famílias do presente, com Rolf Madaleno](#)
 - > [Ver mais Podcast](#)
- [Revista Forense](#)
 - > [Ver mais Revista Forense](#)

[ArtigosCivil](#)

A Tríplice Transformação do Adimplemento

0

Comentários

0

likes

por [Anderson Schreiber](#)

18.jul.2016

0

Coment.

Adimplemento Substancial, Inadimplemento Antecipado e Outras Figuras

SUMÁRIO: 1. O direito das obrigações e a boa-fé objetiva. 2. A tríplice transformação do adimplemento: temporal, conceitual e consequencial. 3. O adimplemento como processo prolongado no tempo. Inadimplemento antecipado (*anticipatory breach of contract*). Adimplemento retardado e a mora nas obrigações negativas. 4. A releitura funcional do conceito de adimplemento. O adimplemento como atendimento da função concreta do negócio jurídico. A chamada violação positiva do contrato. 5. O adimplemento substancial. A posição da jurisprudência brasileira. Parâmetros de substancialidade e o atual papel do adimplemento substancial. 6. As consequências do adimplemento e do inadimplemento. Responsabilidade pós-contratual. A resolução do vínculo como medida extrema. Execução específica e perdas e danos. Responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações de meio e de resultado.

1. O direito das obrigações e a boa-fé objetiva

Em comparação com outros ramos do direito privado, já se afirmou que o direito das obrigações é de “mais lenta evolução no tempo.”^[1] Caminha a passos vagarosos porque atado a uma sólida tradição romanista, que se revelou aí particularmente engenhosa no desenvolvimento de categorias e preceitos tão abstratos e intuitivos que são tratados como “princípios imutáveis da equidade natural”, sobre os quais repousam, “mais inabaláveis que sobre colunas de bronze, os fundamentos das obrigações.”^[2] Ainda hoje visto como “a parte do direito onde, com maior liberdade, têm lugar os princípios da razão pura”,^[3] o direito obrigacional vem, não raro, elevado a um conjunto de “verdades eternas, como certos postulados da geometria e da aritmética”.^[4] Nada disso, entretanto, tem impedido que, para além da secular perenidade da disciplina jurídica das obrigações, a atividade privada e a prática contratual se modifiquem profundamente.

O advento do modo industrial de produção e a massificação das relações contratuais acentuaram, como se sabe, injustiças flagrantes que o asceticismo lógico e a pretensa neutralidade do direito das obrigações escondiam. A indiferença do direito obrigacional com o conteúdo das relações contratuais – exigindo apenas, em fórmula que ainda hoje se repete nas codificações, que o objeto do contrato seja *lícito e possível*, não que seja justo ou equilibrado^[5] – associou-se aos princípios da liberdade de contratar e da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*) para legitimar, sob o ponto-de-vista jurídico, a imposição de condições verdadeiramente perversas à parte economicamente mais desfavorecida,^[6] como revelam de modo

emblemático os contratos de trabalho estabelecidos no século XIX. “Que miserável aborto dos princípios revolucionários da burguesia!” – foi a enfática afirmação de Paul Lafargue, ao constatar que “os forçados das prisões trabalhavam apenas dez horas; os escravos das Antilhas, nove horas em média, enquanto na França – que havia feito a revolução de 89, que havia proclamado os pomposos Direitos do Homem – havia manufaturas onde a jornada de trabalho era de dezesseis horas.”[7]

Em reação a tais abusos, os juristas contemporâneos não apenas se empenharam na edificação de normas protetivas que acabaram se convertendo em novos ramos do direito público e privado (direito do trabalho, direito do consumidor etc.), mas também passaram a incutir, gradativamente, no direito obrigacional preocupações valorativas que, irradiadas dos textos constitucionais, vieram impor maior solidarismo e eticidade nas relações privadas.[8] Assim, a liberdade de contratar, a relatividade dos contratos e outros “princípios tradicionais e pacíficos, cuja imutabilidade parece havia passado em julgado”[9] vêm sofrendo, mais recentemente, a contraposição de novos princípios, substancialmente opostos, como a função social do contrato e o equilíbrio das prestações.[10]

Estas genuínas batalhas ideológicas têm sido travadas quase sempre em sede doutrinária e jurisprudencial, suscitando repercussões apenas pontuais no direito positivo das obrigações. Na maior parte dos ordenamentos romano-germânicos, o tecido normativo das obrigações tem se mantido imune a qualquer projeto de reforma, não merecendo mais que alterações tímidas da parte do legislador.[11] Exemplo emblemático tem-se no nosso Código Civil de 2002, onde a imutabilidade da tradição obrigacional veio reforçada pela expressa premissa de “não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade”.[12]

Em um cenário como este, todas as esperanças recaem sobre o intérprete. Compete-lhe empreender a releitura da disciplina do direito obrigacional, especialmente a partir do recurso às normas constitucionais e às cláusulas gerais instituídas, ainda que de forma acanhada, pelo legislador de 2002. E, neste particular, não resta dúvida de que os mais significativos avanços têm sido promovidos por meio da boa-fé objetiva, verdadeira tábua de salvação contra as injustiças albergadas pela dogmática tradicional das obrigações. A melhor doutrina brasileira já identificou o fundamento constitucional da boa-fé objetiva,[13] consagrou a fórmula útil da sua tríplice função,[14] enfatizou o seu papel de oxigenação do sistema obrigacional,[15] construindo-lhe, em síntese, um arcabouço teórico dos mais respeitáveis. O Poder Judiciário agarrou-se ao instrumento, e passou a aplicá-lo a uma infinidade de hipóteses fáticas, chegando a resultados mais justos na solução dos casos concretos.[16]

Sem embargo disto, como já se havia verificado em outros países, a autêntica paixão pelo seu potencial transformador vem ensejando invocações por vezes excessivas, que ora empregam a boa-fé objetiva de forma meramente decorativa, ora lhe atribuem papéis próprios de outros instrumentos jurídicos, suscitando o risco de esvaziamento do conceito.[17] Por esta razão, o momento atual parece não ser tanto o de defender o já cristalizado reconhecimento da boa-fé objetiva, mas o de identificar, sem embargo do seu caráter de cláusula geral, suas manifestações mais concretas, a fim de fornecer diretrizes relativamente seguras para a solução das controvérsias judiciais. O esforço é imprescindível na medida em que institutos os mais diversos, derivados muitas vezes de bases dogmáticas e experiências jurídicas totalmente diferenciadas, têm encontrado na boa-fé objetiva o fundamento normativo único a permitir seu acolhimento no direito brasileiro. E, neste sentido, especial relevância assumem aquelas figuras que se relacionam ao adimplemento das obrigações, noção que tem sofrido significativa transformação no processo de releitura do direito obrigacional.

2. A tríplice transformação do adimplemento: temporal, conceitual e consequencial.

Dito “o mais natural”[18] dentre os meios extintivos da obrigação, o adimplemento recebe, desde sempre, atenção redobrada do direito obrigacional. Na perspectiva tradicional, o adimplemento vem definido como “o efetivo cumprimento da prestação”,[19] ou o ato pelo qual “recebe o credor o que lhe é devido”.[20] *A contrario sensu*, o inadimplemento é usualmente conceituado como a inexecução da prestação devida, a “significar pura e simplesmente que a prestação não é realizada tal como era devida.”[21] Como se vê, ambas as noções vêm geralmente limitadas à análise do cumprimento ou descumprimento da *prestação principal*, “nos precisos termos em que ela está constituída”.[22]

Atualmente, contudo, reconhece-se que a obrigação transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal. A própria noção de *obrigação*, identificada com um vínculo de submissão do devedor ao credor,[23] vem sendo, gradativamente, abandonada em favor do conceito mais equilibrado de *relação obrigacional*, composta por direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum. Avultam, neste sentido, em importância os chamados deveres anexos ou tutelares, que se embutem na regulamentação contratual, na ausência ou mesmo em contrariedade à vontade das partes, impondo comportamentos que vão muito além da literal execução da prestação principal.[24]

O próprio cumprimento ou descumprimento da prestação ajustada deve ser examinado à luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes com a constituição da específica relação obrigacional. Impõe-se, na lição de Perlingieri, “uma investigação em chave funcional, isto é, que tenha em conta a valoração dos interesses considerados não genericamente”, mas que os examine “singularmente e concretamente.”[25] Rejeita-se, assim, a visão meramente estrutural das obrigações que identifica a satisfação dos interesses envolvidos com a realização da prestação principal, a guiar mesmo a tipologia das obrigações, que reduz a complexidade da concreta regulação de interesses das partes à fórmula simplista do *dar, fazer* ou *não fazer*.

A estreiteza da leitura tradicional, limitada ao dever de prestar, não se coaduna com a rica multiplicidade de interesses subjacente aos mecanismos obrigacionais da atualidade, que, com cada vez maior frequência, superam a singularidade de um único instrumento contratual, para abarcar “grupos de contratos”, “contratos conexos”, “contratos coligados”, “contratos-quadro”, “redes contratuais”. [26] Tampouco atenta ao caráter dinâmico da relação obrigacional – cunhado com a célebre expressão de Clovis do Couto e Silva, “obrigação como processo” –, que se exprime em um conjunto de atos interdependentes cujo gradual desenvolvimento repercute contínua e mutuamente sobre os interesses envolvidos,[27] de forma também exacerbada na prática contemporânea por relações contratuais continuadas, de longa duração, ou pelos chamados *contratos relacionais*. [28]

Examinando sob estas novas lentes a noção de adimplemento (e, por conseguinte, de inadimplemento), identifica-se uma genuína transformação, que se pode, por razões didáticas, examinar sob três aspectos distintos: (i) temporal; (ii) conceitual; e (iii) consequencial. Em outras palavras, alteram-se o momento de verificação do adimplemento (tempo), as condições para sua configuração (conceito em sentido estrito)[29] e os efeitos que dele decorrem (consequências). Em cada um destes aspectos, pode-se constatar a presença de novas figuras e construções que vêm sendo vinculadas, direta ou indiretamente, à boa-fé objetiva, como o inadimplemento antecipado, a violação positiva do contrato, o adimplemento substancial e a responsabilidade pós-contratual.

3. O adimplemento como processo prolongado no tempo. Inadimplemento antecipado (*anticipatory breach of contract*). Adimplemento retardado e a mora nas obrigações negativas.

Identificado, na abordagem tradicional, como cumprimento exato da prestação ajustada, o adimplemento resumia-se a um ato pontual do devedor: a entrega da coisa, a restituição do objeto, a realização do ato devido. Ao que se passava antes ou depois desse ato pontual era indiferente o direito obrigacional. Ainda hoje, repete-se a lição enfática, segundo a qual “o sujeito passivo da obrigação só tem de cumpri-la na época do vencimento”, de tal modo que “ao credor não é lícito antecipar-se, pedindo a satisfação da dívida antes do vencimento.”[30] Compete-lhe aguardar impassível o tempo do pagamento.

Em direção oposta, a releitura funcional e dinâmica da obrigação, como relação que se desdobra no tempo, impõe reconhecer “o encadeamento, em forma processual, dos atos que tendem ao adimplemento do dever”. [31] Sob o império da boa-fé objetiva, o comportamento das partes antes e depois do cumprimento da prestação principal passa a produzir efeitos jurídicos diferenciados, que podem mesmo ultrapassar, em importância, aqueles que resultam do cumprimento em si. Em um cenário marcado por relações contratuais duradouras, torna-se não apenas um direito, mas um efetivo dever de ambas as partes diligenciar pela utilidade da prestação antes, durante e depois do seu vencimento, para muito além do momento pontual de sua execução.

Neste sentido, já se reconhece ao credor o direito de agir diante de situações que vêm sendo denominadas como de *inadimplemento antecipado*, na esteira da doutrina anglo-saxã do *anticipatory breach of contract*. [32] Assim, mesmo antes do vencimento da obrigação, a recusa do devedor em cumprir a prestação no futuro já se equipararia ao inadimplemento, autorizando ao credor o ingresso em juízo para pleitear o cumprimento

da prestação, ou mesmo a resolução do vínculo obrigacional com a condenação do devedor às perdas e danos.^[33] E parte da doutrina tem sustentado até que o credor tem não o direito, mas o *dever* de agir contra a recusa antecipada do devedor, mitigando os danos.^[34]

A figura do inadimplemento antecipado – a rigor, antecipada recusa ao adimplemento – assume importância elevada na medida em que sua configuração pode se dar de forma implícita, a partir de condições fáticas que demonstrem o desinteresse do devedor, de modo a comprometer o cumprimento da obrigação. Em caso emblemático, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul examinou pedido de rescisão de contrato de participação em empreendimento hospitalar, promovido por contratante que, mediante o pagamento de preço em parcelas mensais, adquirira quotas que lhe asseguravam participação nos lucros e direito a atendimento médico gratuito na unidade de saúde a ser construída. Constatando que não foi tomada “a mínima providência para construir o prometido hospital, e as promessas ficaram no plano das miragens”, concluiu o tribunal que “ofende todos os princípios de comutatividade contratual pretender que os subscritores de quotas estejam adstritos à integralização de tais quotas, sob pena de protesto dos títulos”, dando como procedente, por fim, a ação de rescisão do contrato.^[35]

À implícita recusa do devedor ao adimplemento futuro pode-se equiparar qualquer situação em que se verifique risco efetivo de descumprimento da prestação. Melhor, todavia, que igualar tais hipóteses ao inadimplemento, como sugere a simples importação acrítica da figura do *anticipatory breach of contract*, seria lhes reservar a aplicação analógica do art. 477 do Código Civil, que dispõe:

“Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”

Não há dúvida de que o pressuposto expresso da norma, repetida de forma particular na disciplina de diversos contratos específicos (e.g., arts. 495 e 590), consiste na diminuição superveniente no patrimônio de uma das partes. Cumpre, todavia, assegurar, por analogia, idêntico efeito também a outras situações de elevada probabilidade de inadimplemento. Tal construção parece oferecer, diferentemente da usual assimilação com o inadimplemento – denunciada já na terminologia *anticipatory breach of contract*, ou seja, inadimplemento antecipado, e, portanto, espécie de inadimplemento –, a genuína vantagem de substituir o exercício do direito de resolução (consequência do inadimplemento) por um remédio menos drástico, e mais compatível com a situação de incerteza que ainda pende sobre o cumprimento da prestação no termo futuro, autorizando ao contratante tão-somente “recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”. A resolução ficaria, deste modo, reservada àqueles casos em que o cumprimento da obrigação no vencimento futuro se afigurasse, desde já, impossível (e.g., construção do hospital em quinze dias); enquanto que, na mera improbabilidade do cumprimento (construção do hospital em seis meses), o efeito seria não a resolução, mas a aplicação, por analogia, do disposto no art. 477 do Código Civil.

Independentemente da tese que ora se propõe, o certo é que, seja na hipótese de impossibilidade, seja na de improbabilidade do cumprimento, parece injustificável conservar o credor em estado de absoluta paralisia até o vencimento da obrigação, preservando um verdadeiro vácuo na relação obrigacional, que, embora regularmente constituída, nenhum efeito produz até que se verifique a sua já anunciada frustração.

Cumprе reconhecer que, por mais que se afigure cientificamente útil uma análise segmentada das fases da obrigação – *Schuld* (débito) e *Haftung* (responsabilidade) –, as partes vivem a experiência obrigacional como um processo constante, com efeitos econômicos e psicológicos que se prolongam desde antes da constituição até depois do adimplemento. Neste contexto, ao devedor compete não apenas efetuar a prestação no momento justo, mas também preparar-se para efetuar a prestação a tempo e de modo a alcançar da forma mais plena o propósito comum que deu ensejo à constituição do negócio jurídico. Também ao credor compete a persecução do escopo comum, eximindo-se de atentar contra a relação que o conecta ao devedor, enquanto o resultado esperado puder ainda ser alcançado. É sob esta perspectiva que se deve examinar outra questão: a do adimplemento retardado ou impontual.

Da mesmíssima forma que se veda ao devedor frustrar a obrigação antes de seu vencimento, deve-se impedir o credor de frustrá-la posteriormente. Assim, cumpre acolher o adimplemento retardado sempre que possível,

preferindo-se a mora ao inadimplemento absoluto, desde que conservada a função sócio-econômica da relação obrigacional em cada caso concreto. Em sentido diverso caminhou o legislador de 2002, ao eliminar a referência à mora no art. 390, sugerindo o acolhimento da posição tradicional pela qual o inadimplemento nas obrigações negativas é sempre absoluto.[36]

A alteração normativa atende à lição doutrinária segundo a qual “a obrigação negativa não comporta variante. Ou o devedor não pratica o ato proibido e está cumprindo a obrigação; ou pratica, e dá-se a inexecução.”[37] Ignora, contudo, que, se a máxima vale para obrigações de cumprimento imediato, pode não se afigurar imperativa em relações obrigacionais de caráter continuado, nas quais a abstenção em retardo pode mostrar-se útil ao credor e ao atendimento da função concretamente desempenhada pela relação obrigacional. Assim, se o devedor se obriga a não concorrer com o credor, e eventualmente o faz, nada impede que, purgando a mora (com as eventuais perdas e danos), volte a se abster.[38]

Com efeito, seja nas obrigações negativas, seja nas positivas, o adimplemento não se limita ao instante singular do seu cumprimento, mas se espraia pela continuidade da relação obrigacional, para atrair em seu favor a conduta das partes antes e depois do vencimento da obrigação. Assim, à luz da boa-fé objetiva, o adimplemento passa a ser compreendido como um processo que se estende temporalmente, abrangendo o comportamento das partes antes e após o momento pontual do vencimento.

4. A releitura funcional do conceito de adimplemento. O adimplemento como atendimento da função concreta do negócio jurídico. A chamada violação positiva do contrato.

A compreensão do adimplemento como um processo continuado, prolongado no tempo, conecta-se, indissociavelmente, a uma alteração mais profunda, de caráter mais estritamente conceitual. Longe de se restringir à prática do ato prometido pelo devedor, o adimplemento se reveste, no direito contemporâneo, de caráter funcional, vinculado ao atendimento dos efeitos essenciais do negócio jurídico concretamente celebrado pelas partes.

Urge, deste modo, revisitar o critério distintivo entre o inadimplemento absoluto e o inadimplemento relativo para compreender de forma mais equitativa a usual fórmula do *interesse do credor*. A doutrina tradicional afirma que, nesta matéria, “o interesse do devedor acha-se subordinado ao do credor.”[39] Todavia, cumpre reconhecer que o adimplemento dirige-se não à satisfação arbitrária do credor, mas ao atendimento da função sócio-econômica, identificada com a própria causa do ajuste estabelecido entre ambas as partes.

Em outras palavras, o que o adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato, que “se constitui, efetivamente, do encontro do concreto interesse das partes com os efeitos essenciais abstratamente previstos no tipo (ou, no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que lhe é atribuída pela própria autonomia negocial).”[40] Se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor.

Note-se, porém, que não basta a verificação da causa em abstrato, normalmente identificada, no direito das obrigações, com a realização das prestações principais integrantes do tipo negocial em sua previsão normativa. Impõe-se o exame da chamada “causa em concreto”, isto é, do atendimento dos interesses efetivamente perseguidos pelas partes com a regulamentação contratual. Transcende-se, em síntese, a estrutura do negócio – forma e conteúdo (o *como* e o *quê*) – para se perquirir a sua função (o seu *porquê*). [41] É o atendimento a esta função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em sua visão contemporânea.

Aqui, há de se examinar, em particular, a chamada *violação positiva do contrato*. Desenvolvida pelo jurista alemão, Herman Staub, no início do século XX,[42] a violação positiva do contrato nasce não como um instituto rigidamente definido, mas como uma noção ampla e flexível destinada a absorver hipóteses de descumprimento não contempladas pelo BGB, em especial aquelas relacionadas ao mau cumprimento da prestação.[43] As críticas formuladas contra a teoria de Staub, que vão desde a negativa da pretendida lacuna no Código Civil alemão[44] a objeções terminológicas variadas,[45] não lograram inutilizar a sua construção.

No Brasil, a amplitude da definição legal de mora – a qual, transcendendo a mera questão temporal, abrange a não-realização ou não-recebimento do pagamento “no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer” (art. 394) – e a regulação do cumprimento inexato em setores específicos do nosso Código Civil – ora, em termos mais gerais, como nos vícios redibitórios (arts. 441-445), ora em tipos contratuais determinados, como nos contratos de empreitada e de transporte (arts. 618, 754 etc.) – não têm sido considerados suficientes a excluir a utilidade, ao menos residual, da violação positiva do contrato, conceito que, se nunca foi recorrente na prática jurisprudencial brasileira, veio mais recentemente ganhar novo fôlego mediante sua associação ao “descumprimento culposo de dever lateral” imposto pela boa-fé objetiva. [46]

Sem embargo das suas diversas acepções, a noção de violação positiva do contrato, em seus contornos fluidos, vem sendo aplicada pelas cortes brasileiras exatamente naquelas hipóteses em que, embora se verificando um comportamento do devedor correspondente à realização da prestação contratada, não se alcança, por alguma razão, a função concretamente atribuída pelas partes à regulamentação contratual. [47] Com efeito, a jurisprudência brasileira reconhece a configuração de violação positiva do contrato em situações como a de “instalação de piso laminado” com defeito caracterizado pelo “afundamento de miolo”, [48] ou ainda a má execução de contrato de seguro por “demora excepcional na realização do conserto de veículo sinistrado.” [49]

Na perspectiva tradicional, em que o adimplemento consiste simplesmente no cumprimento da prestação principal, a tutela do crédito em tais hipóteses exige mesmo o recurso a alguma figura ou norma externa à disciplina do adimplemento, como a violação positiva do contrato ou o (mais direto) recurso à cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422). Não é, todavia, o que ocorre em uma perspectiva funcional, na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente. Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento.

Vale notar que, neste campo, também a recíproca se revela verdadeira. Da mesma forma que o cumprimento meramente estrutural da prestação principal não configura adimplemento, exigindo uma análise mais atenta à função concreta do negócio celebrado, a inadequação formal do comportamento do devedor ao débito, tal como estruturalmente definido pelas partes, não ensejará inadimplemento, desde que atendido o escopo especificamente perseguido pelas partes com a constituição do vínculo obrigacional. Aqui se chega à questão do adimplemento substancial.

5. O adimplemento substancial. A posição da jurisprudência brasileira. Parâmetros de substancialidade e o atual papel do adimplemento substancial.

Ao tratar do adimplemento, afirma a doutrina tradicional que “o princípio fundamental nesta matéria é o da *pontualidade*. O cumprimento deve ser pontual em todos os sentidos (não apenas no sentido temporal); deve coincidir *ponto por ponto* com a prestação a que o devedor está obrigado; deve ajustar-se-lhe inteiramente.” [50] Deste dogma se distancia a teoria do adimplemento substancial, que permite, em síntese, rejeitar a resolução do vínculo obrigacional sempre que a desconformidade entre a conduta do devedor e a prestação estabelecida seja de pouca relevância.

Inspirada na *substantial performance* do direito anglo-saxônico, [51] tal construção surge com o propósito de autorizar a avaliação de gravidade do inadimplemento antes de deflagrar a consequência drástica consubstanciada na resolução da relação obrigacional. [52] “Assim, sucede quando alguém se obriga a construir um prédio e a construção chega praticamente ao seu término (adimplemento substancial); não se faculta sempre, neste caso, a perda da retribuição contratada, ou a resolução do contrato por inadimplemento”. [53] Trata-se, como se vê, de um exame de suficiência pelo qual deve o magistrado “*aplicarse a medir o apreciar en cuanto el incumplimiento es capaz de afectar el operamiento o los resultados de una relación oblicatoria determinada y considerada en su totalidad*.” [54]

A teoria do adimplemento substancial encontra previsão expressa em numerosas codificações. A Convenção de Viena, acerca da compra e venda internacional de mercadorias, exige para a resolução do ajuste uma “violação fundamental do contrato” (arts. 49 e 64) e define como fundamental aquela violação que “causa à

outra parte um prejuízo tal que prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu este resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto” (art. 25). No Brasil, o silêncio do legislador de 2002 não tem impedido o acolhimento da noção, com base, mais uma vez, na boa-fé objetiva. De fato, afirma-se que, no âmbito da segunda função da boa-fé objetiva, consistente na vedação ao exercício abusivo de posição jurídica, “o exemplo mais significativo é o da proibição do exercício do direito de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção do contrato não cumprido, quando o incumprimento é insignificante em relação ao contrato total.”[55]

O atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato “com a falta apenas da última prestação”,[56] ou o recebimento pelo credor de “16 das 18 parcelas do financiamento”,[57] ou a “hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito”. [58] Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nos casos “em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas”, [59] ou de pagamento “que representa 62,43% do preço contratado”. [60]

Por outro lado, com base no mesmo critério percentual – e às vezes no mesmo percentual em si – as cortes brasileiras têm negado a aplicação da teoria ao argumento de que “o adimplemento de apenas 55% do total das prestações assumidas pelo promitente comprador não autoriza o reconhecimento da execução substancial do contrato”,[61] ou que “o pagamento de cerca de 43% contra-indica a hipótese de adimplemento substancial”[62], ou ainda que “a teoria do adimplemento substancial do contrato tem vez quando, como o próprio nome alude, a execução do contrato abrange quase a totalidade das parcelas ajustadas, o que, por certo, não é o caso do pagamento de apenas 70%.”[63]

Pior que a incongruência entre decisões proferidas com base em situações fáticas semelhantes – notadamente, aquelas em que há cumprimento quantitativo de 60 a 70% do contrato [64] –, 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.

Do exame da doutrina e da jurisprudência comparada, pode-se extrair alguns parâmetros que, sem a pretensão de encerrar o debate, têm sido apontados como índices capazes de sugerir a configuração do adimplemento substancial, auxiliando o juiz em sua delicada tarefa. Para além da usual comparação entre o valor da parcela descumprida com o valor do bem ou do contrato, e de outros índices que possam sugerir “a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspectivas, não chegando o descumprimento parcial a abalar o sinalagma”[65], a tendência tem sido, hoje, a de perquirir, em cada caso concreto, a existência de outros remédios capazes de atender ao interesse do credor (e.g., perdas e danos), com efeitos menos gravosos ao devedor – e a eventuais terceiros afetados pela relação obrigacional – que a resolução do vínculo.[66]

De fato, a teoria do adimplemento substancial veio inicialmente associada a um “descumprimento de parte mínima”,[67] a um inadimplemento de *scarsa importanza*,[68] em abordagem historicamente importantíssima para frear o rigor do direito à extinção contratual e despertar a comunidade jurídica para o exercício quase malicioso do direito de resolução em situações que só formalmente não se qualificavam como adimplemento integral. Em uma leitura mais contemporânea, contudo, impõe-se reservar ao adimplemento substancial um papel mais abrangente, qual seja, o de impedir que a resolução – e outros efeitos igualmente drásticos que poderiam ser deflagrados pelo inadimplemento – não venham à tona sem uma ponderação judicial entre (i) a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e (ii) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução.[69]

Veja-se, a título ilustrativo, o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se pretendeu a resolução de certo instrumento de transação por se ter praticado valor menor que o ali estabelecido para a alienação de unidades residenciais. A sentença que julgara procedente a demanda foi

objeto de severa crítica por Athos Gusmão Carneiro, que ressaltou: “Mesmo se verídica a assertiva – que a prova dos autos não autoriza –, de que os 10 apartamentos e 4 garagens (referidos na inicial) teriam sido alienados abaixo do preço de mercado (...), ainda assim a resolução judicial da transação configuraria indevida aplicação de remédio extremo, reservado aos casos de inadimplemento absoluto e quando impossível, de outra forma, facilmente remediar a lesão sofrida pelo contratante adimplente!” [70]

Com efeito, 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 – como revelam os casos mais pitorescos de não-pagamento da última prestação que povoam a jurisprudência do nosso Superior Tribunal de Justiça –, mas em permitir o controle judicial de legitimidade no remédio invocado para o inadimplemento, [71] especialmente por meio do balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (e outras medidas semelhantes) para o devedor e eventuais terceiros, 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 do seu interesse. Não quer isto significar a prevalência do interesse do devedor sobre o interesse do credor ao cumprimento exato do avençado. Mesmo na acepção mais restritiva e formal do adimplemento substancial, não se deixa de reconhecer o descumprimento parcial, concedendo ao credor outros mecanismos de tutela, como o ressarcimento das perdas e danos ou a exigência de cumprimento do acordado; veda-se, tão-somente, a extinção do vínculo obrigacional, como remédio extremo contra o devedor. [72]

A questão remete ao último ponto da transformação aludida ao início, relacionado às consequências do adimplemento e do inadimplemento.

6. As consequências do adimplemento e do inadimplemento. Responsabilidade pós- contratual. A resolução do vínculo como medida extrema. Execução específica e perdas e danos. Responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações de meio e de resultado.

Na visão tradicional, o adimplemento, identificado com a realização da prestação principal, extingue o vínculo obrigacional, e, por conseguinte, a responsabilidade do devedor. Sob a perspectiva funcional, ao contrário, o adimplemento não apenas se inicia muito antes do efetivo cumprimento da prestação, mas também se prolonga para além deste ato, impondo a conservação dos seus efeitos e a concreta utilidade da sua realização. Hoje já se reconhece amplamente a existência de uma *responsabilidade pós-contratual* – a rigor, pós-negocial –, a alcançar as partes da relação obrigacional no período que se sucede ao cumprimento da prestação.

Explica, assim, a melhor doutrina que “é possível exigir-se das partes, para depois da prestação principal, uma certa conduta, desde que indispensável à fruição da posição jurídica adquirida pelo contrato. É o dever do modelista de não entregar ao concorrente os mesmos modelos com os quais cumpria a sua prestação.” [73] E a jurisprudência tem chancelado a existência deste “dever geral de colaboração que se encontra na fase pós-contratual”, a exigir a responsabilização, por exemplo, da sociedade revendedora de automóvel que, diante do defeito invocado pelo adquirente posteriormente à alienação, “sequer examinou o veículo, para afastar a responsabilidade pelo defeito e suas consequências”; [74] ou, ainda, da instituição financeira que, após receber o pagamento, não comprova ter adotado as “medidas necessárias para o recolhimento do título posto em cobrança bancária” e posteriormente protestado. [75]

Do mesmo modo que o cumprimento da prestação principal não encerra a responsabilidade do devedor, o descumprimento da prestação principal não autoriza, *ipso facto*, o pedido de resolução do vínculo obrigacional. Com efeito, “o exame de semelhante pedido traz consigo uma *causa petendi* e desce às causas e aos efeitos do inadimplemento”, bem como à “*qualidade* do adimplemento”, de tal modo que cumpre sempre avaliar se “o desfazimento importaria um sacrifício desproporcional, comparativamente à manutenção do contrato.” [76] Em outras palavras, o direito resolutivo não vem atribuído ao credor como um instrumento de punição do devedor pela ausência de realização da prestação principal, mas lhe é assegurado sob a premissa de que o inadimplemento seja tal que possa comprometer o atendimento à função concretamente desempenhada pelo negócio jurídico em curso. [77]

Neste contexto, o direito à resolução do contrato, laconicamente mencionado no art. 475 do Código Civil de 2002, [78] perde a feição (que lhe vem normalmente atribuída) de uma alternativa ao arbítrio do credor para se converter em *ratio extrema*, cujo exercício pode ser obstado sempre que remédios menos nocivos

estiverem ao alcance do seu titular. O poder de extinguir a relação obrigacional deve mesmo ser reservado ao inadimplemento que afete a função concreta do negócio celebrado, não bastando a simples irrealização da prestação principal, tomada em abstrato e sob o aspecto puramente estrutural.

A preferência por remédios que não promovam o rompimento do vínculo negocial foi expressamente manifestada pelo legislador brasileiro, que registrou, em diversas passagens do Código Civil de 2002, sua simpatia pela execução específica das obrigações (v.g., arts. 249, 251, 464). Bem mais que um instrumento a cargo das *preferências* do credor, como sugere a literalidade do o art. 475, a execução específica deve ser vista como medida prioritária, a ser afastada somente naquelas hipóteses em que já reste comprometida a função concretamente desempenhada pela relação contratual. Com isto, o *princípio da conservação dos contratos*, que vem sendo invocado no Brasil de modo algo aleatório e meramente pontual, poderia adquirir um papel efetivo e abrangente no ordenamento pátrio, a revelar uma atuação global e sistemática em prol da manutenção dos negócios jurídicos.

Cabe uma última palavra sobre as perdas e danos, asseguradas pelo direito brasileiro, seja na hipótese de resolução, seja naquela de execução específica. Como compensação financeira dos prejuízos sofridos pelo credor em decorrência do descumprimento da prestação principal, as perdas e danos têm lugar mesmo naquelas hipóteses em que haja adimplemento substancial e outras formas de inexecução que, embora não sejam aptas a deflagrar a extinção do vínculo, prejudiquem de alguma forma o titular do crédito. O dever de ressarcir as perdas e danos depende, contudo, da verificação de prejuízo e de culpa por parte do devedor. E também aqui a análise deve ser funcional e dinâmica, não se restringindo a um exame estrutural e abstrato das causas e efeitos do descumprimento.

Paradigmático neste particular é o emprego que se faz da conhecida distinção entre obrigações de meio e de resultado. Nestas últimas, como se sabe, o devedor obriga-se a alcançar certo resultado, enquanto naquelas assume apenas o compromisso de envidar seus melhores esforços na perseguição do objetivo final, sem obrigar-se a obtê-lo.^[79] Nas obrigações de resultado, a não-obtenção do resultado configura já o inadimplemento, a atrair a responsabilização do devedor. Nas obrigações de meio, ao contrário, a não-obtenção do resultado não configura inadimplemento, que depende da falta de diligência e empenho do devedor nos esforços empreendidos. A demonstração de que houve falta de diligência do devedor, por seu caráter subjetivo, afigura-se bem mais árdua do que a prova de irrealização de certo resultado. Tem-se, por isso mesmo, uma responsabilização, de regra, mais fácil nas hipóteses em que a obrigação é de resultado, pois a prova se limita ao dado objetivo da sua não-obtenção.^[80]

A doutrina brasileira apressa-se em classificar em abstrato e de modo absoluto as obrigações, separando-as entre as de meio e as de resultado. Diz-se, neste sentido, que “o clínico não pode assegurar que livrará o cliente de todos os males de que padece; jamais poderá garantir resultado feliz (...) e sim que empenhar-se-á com zelo, carinho e dedicação. O mesmo fará o advogado para que os seus serviços profissionais apresentem resultados positivos. Mas, se o paciente morrer ou se a causa malograr, nem o médico, nem o advogado perderão o direito aos honorários contratados.”^[81] E idêntica postura adota a jurisprudência ao afirmar: “nos casos de cirurgia estética ou plástica, o cirurgião assume obrigação de resultado.”^[82]

O equívoco desta classificação *in abstracto* é evidente. Se, por exemplo, se atribui à obrigação do médico o caráter de obrigação de meio em plano teórico, beneficia-se, com isto, o charlatão, que embora prometa em concreto o resultado que não obtém, tem seu vínculo com o paciente considerado limitado aos seus melhores esforços, contrariamente ao que restou pactuado ou prometido no caso concreto. Da mesma forma, se a obrigação do cirurgião plástico vem tida como de resultado, em abstrato, desestimula-se a conduta do bom profissional que informa o paciente dos riscos e da imprevisibilidade do procedimento, mas acaba, nada obstante, respondendo pela não-obtenção de um resultado que nunca prometeu.^[83]

Uma classificação considerada tão relevante para fins de configuração do inadimplemento não pode prescindir do exame da função concretamente atribuída pelas partes ao negócio jurídico, perquirindo-se efetivamente os interesses dos envolvidos e o modo particular de desenvolvimento do programa contratual, com ênfase sobre o atendimento do dever de informação – tudo em franca oposição à abordagem abstrata e puramente estrutural que tem imperado nesta matéria e em outras tantas searas do direito obrigacional.

De temas como estes advêm, à falta de conclusão, duas animadoras constatações: a de que o direito das obrigações, ao qual se atribui lentidão e até imobilismo, tem avançado a passos largos; e a de que, sem

embargo destas conquistas, ainda tem muito a avançar. O momento que vivemos não é o de alterar radicalmente os seus rumos, mas o de acompanhá-lo com um olhar mais livre, despido de antigos dogmas e velhas concepções. Vale, nesta estrada, o verso claro do poeta amazonense Thiago de Mello: “Não, não tenho caminho novo. O que tenho de novo é o jeito de caminhar”.^[84]

[1] Na íntegra: “O facto de no domínio das obrigações prevalecer desde há muito o princípio da autonomia privada, de serem relativamente constantes ao longo dos séculos os interesses e as conveniências das partes, e de as relações creditórias, pela sua natureza intrínseca, sofrerem muito menos que as relações familiares ou sucessórias e do que a organização da propriedade, a influência de factores políticos, morais, sociais e religiosos que marcam cada época da história da humanidade, aliado ao aperfeiçoamento notável que os juristas romanos clássicos imprimiram ao direito das obrigações, deram como resultado que este, além da sua vastidão e intensa projecção prática, acusa ainda agora duas notas particulares, que cumpre realçar: a sua relativa uniformidade nas diferentes áreas do globo e a sua notória estabilidade ou a sua mais lenta evolução no tempo” (João de Mattos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2000, p. 25).

[2] Giorgio Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Florença: Fratelli Cammelli, 1924, p. 28.

[3] É a opinião de Toulhier, registrada por Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil – Obrigações em Geral*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 7.

[4] A tal postura alude, criticamente, Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 55, afirmando: “O conceito de obrigação varia no tempo e no espaço para atender às peculiaridades do consórcio civil em que se expanda: não foge, não pode fugir à lei da evolução universal”.

[5] A fórmula vem repetida inclusive no recente Código Civil brasileiro, de 2002, cujo art. 104 declara: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.” A nova codificação ocupa-se, contudo, do equilíbrio das prestações em dois momentos: o desequilíbrio originário vem coibido pelas figuras da lesão (art. 157) e do estado de perigo (art. 158); e o desequilíbrio superveniente encontra remédio nos arts. 478- 480 e, por via interpretativa, também no art. 317, permitindo-se, mediante a configuração dos requisitos necessários, tanto a resolução quanto a revisão do contrato.

[6] “A disparidade de condições económico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de ‘poder contratual’ entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constringidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos: é isto que a doutrina baseada nos princípios da liberdade contratual e da igualdade dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisto que se manifesta a sua função ideológica.” (Enzo Roppo, *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 38).

[7] Paul Lafargue, *O Direito à Preguiça*, São Paulo: Hucitec – Unesp, 1999, p. 77.

[8] Tem, então, início um processo de contestação à abordagem liberal e individualista que informava o direito dos contratos, a que Patrick Atiyah denominou “*the fall of freedom of contract*” e que o autor descreve nos seguintes termos: “*During the past hundred years there has been a continuous weakening of belief in the values involved in individual freedom of choice, and this weakening has been reflected in the law. The legislation of the past century has carried to great lengths the circumstances in which the individual’s freedom of decision is overridden, either in the direct interests of a majority, or to give effect to values which a majority believe to be of overriding importance.*” (*The Rise and Fall of the Freedom of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 726).

[9] Lacerda de Almeida, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, p. XXIV.

[10] Para a análise destes novos princípios e de sua repercussão na prática contratual, ver Gustavo Tepedino, *Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*, in *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 241-273.

[11] A reforma da parte dedicada ao direito das obrigações no Código Civil alemão (BGB) em 2002 veio romper este estado generalizado de imobilismo, produzindo ecos em outras experiências europeias e latino-americanas. Na imensa maioria dos ordenamentos de *civil law*, contudo, a disciplina normativa das obrigações permanece ainda muito próxima do desenho romanístico.

[12] Miguel Reale, *O Projeto de Código Civil – Situação Atual e seus Problemas Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 76. Sobre o tema, confira-se a análise de Gustavo Tepedino: “Daí o desajuste maior do projeto: ele é retrógrado e demagógico. Não tanto por deixar de regular os novos direitos, as relações de consumo, as questões da bioética, da engenharia genética e da cibernética que estão na ordem do dia e que dizem respeito ao direito privado. E não apenas por ter como paradigma os códigos civis do passado (da Alemanha, de 1896, da Itália, de 1942, de Portugal, de 1966), ao invés de buscar apoio em recentes e bem-sucedidas experiências (como, por exemplo, os Códigos Civis do Quebec e da Holanda, promulgados nos anos noventa). O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais.” (*O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, vol. 7, Rio de Janeiro: Padma, 2001, editorial).

[13] Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

[14] A referida tripartição funcional, inspirada nas funções do direito pretoriano romano, foi modernamente sugerida por Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, apud Franz Wieacker, *El principio general de la buena fe*, Madrid: Civitas, 1986, p. 50: “(...) el parágrafo 242 BGB actúa también *iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gatia*.” No Brasil esta classificação foi adotada e difundida por Antonio Junqueira de Azevedo, *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, p. 7: “Essa mesma tríplice função existe para a cláusula geral de boa-fé no campo contratual, porque justamente a idéia é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas das falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, *corrigendi*.” No mesmo sentido, Ruy Rosado de Aguiar Jr., *A boa-fé na relação de consumo*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 25, ao tratar especialmente das relações de consumo: “Na relação contratual de consumo, a boa-fé exerce três funções principais: a) fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; b) cria deveres secundários ou anexos; e c) limita o exercício de direitos”.

[15] Judith Martins-Costa, *A Boa-fé no Direito Privado – Sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, especialmente pp. 381-515.

[16] Ver, entre outras aplicações da boa-fé objetiva, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 32.890/SP, j. 14.11.1994; Recurso Especial 184.573/SP, j. 19.11.1998; Recurso Especial 370.598/RS, j. 26.2.2002; Recurso Especial 554.622/RS, j. 17.11.2005; e Agravo Regimental na Medida Cautelar 10.015/DF, j. 2.8.2005.

[17] Sobre a superutilização da boa-fé objetiva, seja consentido remeter a Anderson Schreiber, *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª ed., pp. 120-125.

[18] Clovis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, Campinas: Red Livros, 2000, p. 137. Trata-se, na sua lição,

do modo extintivo “que foi visado no momento de atar-se o vínculo, e o que melhor corresponde à teleologia social, que evocou, do caos originário, a prodigiosa força ético-jurídica emanada dos contratos e de todas as obrigações.”

[19] Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 88.

[20] Antonio Chaves, *Tratado de Direito Civil*, vol. 2, tomo 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 157.

[21] Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 260.

[22] Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 1966, p. 277.

[23] Como explica Hans Hattenhauer, a idéia do vínculo obrigacional, já associada desde os romanos a um poder do credor, ganhou, sob a influência da filosofia kantiana, a conotação de verdadeiro apossamento de parte da liberdade do devedor: “*La obligación se producía porque alguien conseguía poseer una determinada cantidad de la libertad de otra persona, y, en armonía con las leyes generales de la libertad, podía forzar a cumplir lo prometido y actuar sobre la voluntad del otro, cuya libertad se convertía – en una parte exactamente determinada – en su propia libertad.*” (*Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, Barcelona: Ariel, 1987, p. 82).

[24] Os deveres anexos abrangem, em conhecida classificação, deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Sobre o tema, ver Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 605 e ss.

[25] Pietro Perlingieri, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Camerino-Napoli: E.S.I, 1980, p. 21.

[26] Sobre todas estas noções, é imprescindível a leitura de Carlos Nelson Konder, *Contratos Conexos – Grupos de Contratos, Redes Contratuais e Contratos Coligados*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, especialmente pp. 148-187.

[27] “Com a expressão ‘obrigação como processo’ tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.” (Clovis V. do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 10).

[28] A expressão, derivada dos *relational contracts* do *common law*, foi adotada pioneiramente no Brasil por Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, São Paulo: Max Limonad, 1998. Claudia Lima Marques refere-se, em sentido semelhante, aos “contratos cativos de longa duração” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 82-83).

[29] Diz-se “em sentido estrito” porque, a rigor, as transformações verificadas no momento de aferição do adimplemento e em seus efeitos traduzem também alterações conceituais, relacionadas à maneira de enxergar e compreender o adimplemento. Entretanto, para os fins da tripartição adotada desde o título deste estudo, será denominada conceitual tão-somente a transformação relacionada às condições necessárias à configuração do adimplemento, restando as demais inovações alocadas no plano temporal e consequencial.

[30] Clovis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 149-150 e 151.

[31] Clovis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, cit., p. 13.

[32] O caso pioneiro, sempre referido, é o de Hochster v. De la Tour, julgado em 1853. Hochster, contratado para prestar serviço de mensageiro para o demandado, durante uma viagem que deveria ter início em 1º de junho, recebeu de De la Tour, em meados de maio, a comunicação de que seus serviços não mais seriam necessários. O juiz decidiu que não seria necessário aguardar o termo inicial da prestação dos serviços para que o demandante reclamasse seus direitos. Sobre o caso, confira-se Fortunato Azulay, *Do Inadimplemento Antecipado do Contrato*, Rio de Janeiro: Ed. Brasília/Rio, 1977, pp. 101-102.

[33] Como observa Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 257, “em que pese a ausência de uma unitária conformação da hipótese, pode-se afirmar que, hoje, é em grande medida aceito na família Romano-Germânica e sobretudo fora dela, o entendimento de que a manifestação antecipada no sentido do inadimplemento provoca-o ou é capaz de provocá-lo.”

[34] Neste sentido, sustenta Anelise Becker que “não é permitido ao credor manter o contrato com o propósito de, cumprindo a sua parte, em oposição direta à recusa do devedor, exigir-lhe o pagamento do preço total do contrato. Trata-se de uma hipótese peculiar de abuso de direito, pois ao credor lesado pela recusa em adimplir da contraparte não é legítimo considerar firme o contrato. Está ele obrigado, nesta hipótese, a considerar o contrato antecipadamente rompido, para mitigar os danos da parte inadimplente.” (*Inadimplemento Antecipado do Contrato*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, out/dez 1994, p. 74).

[35] TJRS, Apelação Cível 582000378, 8.2.1983, Rel. Athos Gusmão Carneiro, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, vol. 97, 1983, p. 397.

[36] “Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.” O Código Civil anterior determinava em seu art. 961: “Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster”.

[37] Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*, São Paulo: Saraiva, 1955, p. 148.

[38] Era já a lição de Pontes de Miranda, para quem, existindo “possibilidade de ser elidido o efeito da inexecução, o devedor pode ser admitido a purgar a mora e continuar abstendo-se” (*Tratado de Direito Privado*, tomo XXII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 199).

[39] Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., p. 10.

[40] Maria Celina Bodin de Moraes, *A Causa dos Contratos*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 21, p. 109.

[41] Emilio Betti, *Causa del Negozio Giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino: UTET, 1959, p. 32: “Solo così, esaminata la struttura – forma e contenuto (il come e il che cosa) del negozio, può riuscire fruttuoso indagarne la funzione (il perché).”

[42] Hermann Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag*, Berlin: J. Guttentag, 1902. A obra foi publicada também em italiano: Hermann Staub, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

[43] Como esclarecem Zweigert e Kötz, “*l’infelice frammentazione dei tipi di inadempimento, propria del BGB – che viene a distinguere tra impossibilità soggettiva ed oggettiva e tra entrambe e la mora – configura un vero e proprio errore di impostazione. Ed è proprio l’istituto della violazione positiva del credito che sta a testimoniare chiaramente la lacunosità di questa disciplina*” (*Introduzione al diritto comparato*, vol. II, Milano: Giuffrè, 1995).

[44] Sobre o tema, registra Rocco Favale: “*È opportuno precisare che studi successivi hanno sollevato dubbi sull’utilità della scoperta di Staub, in quanto hanno sottolineato che il legislatore aveva previsto, e quindi anche indirettamente regulata, la Schleschterfüllung, mascherata como ipotesi di impossibilità parziale della prestazione.*” (prefácio a Hermann Staub, *Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 15).

[45] Neste particular, tem-se criticado a expressão “violação positiva do contrato” ao argumento de que o adjetivo “positiva” negaria relevância à conduta omissiva do devedor. Afirma-se, além disso, que a violação positiva, consoante a própria fórmula de Staub, poderia ser aplicada também a outras relações obrigacionais fundadas em negócios jurídicos unilaterais, e não contratos, daí decorrendo tentativas variadas de oferecer expressões alternativas, dentre as quais tem merecido destaque a “violação positiva do crédito” (*positive Forderungsverletzung*).

[46] Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 268. Na definição integral apresentada pelo autor: “No direito brasileiro, portanto, pode-se definir a violação positiva do contrato como inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação.”

[47] “Exemplo clássico é o do criador que adquire ração para alimentação dos seus animais, a qual, porém, muito embora tenha sido entregue no prazo, se encontrava imprópria para o uso e, por conta disso, acarreta a morte de diversas reses.” (Gustavo Tepedino *et alli*, *Código Civil Interpretado*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 693).

[48] TJRS, Turma Recursal, Recurso Cível 71000626697, j. 29.3.2005.

[49] TJRS, Turma Recursal, Recurso Cível 71000818146, j. 21.12.2005.

[50] Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., p. 277.

[51] Sobre o tema, ver E. Allan Farnsworth, William F. Young e Carol Sanger, *Contracts – Cases and Materials*, New York: Foundation Press, 2001, pp. 700-707, especialmente os esclarecedores comentários às decisões proferidas em *Jacob & Youngs v. Kent* (*Court of Appeals of New York*, 1921); e *Plante v. Jacobs* (*Supreme Court of Winsconsin*, 1960).

[52] A teoria surge vinculada à distinção entre *condition* e *warranty*, limitando-se o direito de resolução à primeira hipótese, em que a prestação descumprida configura condição ou pressuposto do negócio jurídico celebrado, e não mero elemento acessório. Caso paradigmático no direito inglês é *Bonee v. Eyre*, de 1779, em que “o demandante havia transmitido ao demandado uma plantação nas Índias Ocidentais pelo valor de quinhentas libras e uma renda vitalícia de cento e sessenta libras anuais, assegurando ser proprietário e legítimo possuidor dos escravos lá existentes. Eyre atrasou o pagamento da renda anual, o que fez com que Bonee ingressasse com ação exigindo tal pagamento. Em reconvenção, Eyre buscou a resolução do contrato, baseado no descumprimento do contrato pelo demandante, sob o fundamento de que não era ele o legítimo proprietário dos escravos. Lorde Mansfield decidiu pelo não-cabimento do pedido de resolução do contrato, pelo fato de que não poderia a obrigação descumprida por Bonee ser considerada uma *condition*.” (Eduardo Luiz Bussatta, *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 35-36).

- [53] 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: Revista dos Tribunais, 1980, p. 68.
- [54] Jorge Priore Estacaille, *Resolución de Contratos Civiles por Incumplimiento*, Montevideo, tomo II, 1974, pp. 54-55.
- [55] Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*, São Paulo: Aide, 1991, p. 248.
- [56] STJ, Recurso Especial 272.739/MG, j. 1.3.2001.
- [57] TJMG, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0521.05.043572-1/001, j. 9.2.2006.
- [58] TARS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível 194.194.866, j. 30.11.1994.
- [59] TJDF, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível 2004.01.1.025119-0, j. 9.5.2005.
- [60] TJRS, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível 70015436827, j. 8.8.2006.
- [61] TJRS, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível 70015215510, j. 8.6.2006.
- [62] TJRS, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível 70014803209, j. 8.6.2006.
- [63] TJRS, 20ª Câmara Cível, Apelação Cível 70015167893, j. 16.8.2006.
- [64] Verifique-se, por exemplo, entre as decisões já citadas, a situação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em 8 de agosto de 2006, considerou aplicável a teoria do adimplemento substancial diante de pagamento “que representa 62,43% do preço contratado” (TJRS, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível 70015436827) e, apenas uma semana depois, emitiu decisão que considerava a mesma teoria inaplicável à hipótese de “pagamento de apenas 70%” das prestações ajustadas (TJRS, 20ª Câmara Cível, Apelação Cível 70015167893, j. 16.8.2006).
- [65] Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 145.
- [66] Como afirmou Athos Gusmão Carneiro, em parecer sobre o assunto: “Sopesando as circunstâncias do caso concreto, impende ponderar se o alegado inadimplemento, ou melhor, o alegado adimplemento irregular, apresentaria gravidade suficiente a justificar o remédio extremo da resolução (...)” (*Ação de Rescisão Contratual – Doutrina da Gravidade Suficiente do Inadimplemento – Faculdade Discricionária do Juiz*, in *Revista Forense*, vol. 329, 1995, p. 177).
- [67] Nas palavras de Araken de Assis: “Então, a hipótese estrita de adimplemento substancial – descumprimento de parte mínima – equivale, no direito brasileiro, grosso modo, ao adimplemento chamado de insatisfatório: ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado.” (*Resolução do Contrato por inadimplemento*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 134).
- [68] A expressão vem da codificação italiana que, em seu art. 1.455, dispõe: “*Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra.*”
- [69] Também favorável à ponderação de interesses no adimplemento substancial, embora em outros termos, é de se registrar o ensinamento de Judith Martins-Costa, *A boa-fé e o adimplemento das obrigações*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso- Brasileiro, nº 25, p. 265: “O que se observa no exame dos casos concretos já julgados pela jurisprudência brasileira, é que a doutrina do adimplemento substancial sinaliza uma ponderação de bens, de interesses jurídicos: entre o interesse do credor em ver cumprida a prestação exatamente como pactuada, e o interesse do devedor em evitar o drástico remédio resolutivo, prevalece o segundo.”
- [70] Athos Gusmão Carneiro, *Ação de Rescisão Contratual – Doutrina da Gravidade Suficiente do Inadimplemento – Faculdade Discricionária do Juiz*, cit., p. 177.
- [71] A idêntica constatação chega J. A. Corry: “*Through the doctrine of substantial performance, the judges installed themselves as administrators of the execution and discharge of contracts. They freed themselves from rigid rules and adopted a*

broad standard under which they could apply a policy of making contract effective.” (Law and Policy – The W. M. Martin Lectures, Toronto: Clarke, Irwin & Company Limited 1959, pp. 41-43).

[72] O mesmo método ponderativo deve ser aplicado, embora com cores menos intensas, a efeitos outros que poderiam decorrer do inadimplemento não significativo como a exceção do contrato não cumprido.

[73] Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*, cit., p. 248.

[74] TJRS, Apelação Cível 70014298624, j. 29.6.2002. Argumentou a sociedade que não podia ser responsabilizada por “eventuais problemas surgido meses depois da realização do negócio, até porque quem estava no uso exclusivo do veículo era o autor”. Muito ao contrário, decidiu o tribunal que “a conduta desidiosa da apelada para com o apelante, deixando de cumprir com os deveres anexos e secundários da contratação, posto que sequer examinou o veículo, para afastar a responsabilidade pelo defeito e suas conseqüências, insere-se no dever geral de colaboração que se encontra na fase pós-contratual.”

[75] TJRS, Apelação Cível 70001037597, j. 14.6.2000. Decidiu a corte: “o devedor ao efetuar o pagamento da dívida, mesmo que depois de vencida, esperava, como qualquer ‘homem médio’, que a cobrança fosse sustada, portanto, que não tivesse sido levado o título já pago a protesto. Destarte, tendo sido rompido esse dever pelo apelante, a responsabilidade na reparação dos danos daí decorrentes é imputável ao fornecedor.”

[76] Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 131 e 133.

[77] Em sentido semelhante, Luigi Mosco, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli: Jovene, 1950, p. 14: “L’aspetto specifico di questa azione sta in ciò ch’essa viene concessa al debitore sul presupposto che l’inadempimento dell’obbligazione gravante sull’altra parte sia di tale importanza da far venir meno il suo interesse alla conservazione del rapporto contrattuale.”

[78] “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

[79] Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 16-17.

[80] A distinção entre as obrigações de meio e de resultado assume, na visão tradicional, particular relevância para fins de distribuição do ônus probatório nas ações de responsabilidade obrigacional. A doutrina mais recente critica, contudo, tal expediente, fundada especialmente na teoria da carga dinâmica da prova, a reservar a quem tem mais condições de efetuar a demonstração de certo fato o ônus de fazê-lo, independentemente de sua posição na relação obrigacional, da natureza da obrigação ou de outros fatores externos à prova em si. De qualquer modo, é inegável que, pela sua interferência na própria configuração do adimplemento – e, portanto, do inadimplemento –, a qualificação de certa obrigação como de resultado facilita em muito a situação do credor que persegue a responsabilização do devedor. Sobre a questão, ver Miguel Kfoury Neto, *Culpa Médica e Ônus da Prova*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 237 e ss.

[81] Antonio Chaves, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, 3ª ed., pp. 48-49.

[82] TJRJ, Apelação Cível 2007.001.08531, j. 21.3.2007.

[83] Registre-se, ainda, a crítica de Gisela Sampaio da Cruz: “Contra a dicotomia obrigações de meio e de resultado, objetou-se que toda prestação comporta, de certa forma, um resultado mais ou menos determinado e que a chamada obrigação de meio pode ser mais ou menos precisa quanto ao seu conteúdo, dependendo da previsão contratual que a estipule (...) Não se pode perder de vista que toda obrigação comporta, evidentemente, um resultado que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor.” (*Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado*, in Gustavo Tepedino, *Obrigações – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 170 e 174).

[84] Thiago de Mello, *A Vida Verdadeira*, in *Vento Geral*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p. 213.

Veja também:

- [Informativo de Legislação Federal: resumo diário das principais movimentações legislativas](#)

Conheça as obras do autor ([Clique aqui!](#))

TAGS [adimplemento](#) [adimplemento retardado](#) [adimplemento substancial](#) [boa-fé](#) [objetiva](#) [conceitual](#) [consequencial](#) [contrato](#) [direito das obrigações](#) [inadimplemento](#) [antecipado](#) [moratempo](#) [violação](#)

LEIA TAMBÉM



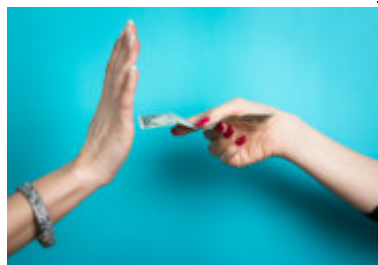
[Sobre a dúvida: “só há união estável se o casal fizer sexo?”](#)



[Marco Civil da Internet](#)



[A tutela provisória no novo CPC – Parte I](#)



[ISS. Não incidência do imposto](#)

[Confira todos os informativos »](#)

COMENTE

Deixe uma resposta

O seu endereço de e-mail não será publicado. Campos obrigatórios são marcados com *

Comentário

Nome *

E-mail *



[Anderson Schreiber](#)

é Doutor em Direito Privado Comparado. Mestre em Direito Civil. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor. Autor.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

GUSTAVO HENRIQUE GONÇALVES NOBRE

**Teoria do adimplemento substancial enquanto exceção de direito material na
relação obrigacional vista como um processo.**

Maceió, AL

2018

GUSTAVO HENRIQUE GONÇALVES NOBRE

**Teoria do adimplemento substancial enquanto exceção de direito material na
relação obrigacional vista como um processo.**

Dissertação de mestrado, apresentada ao Programada de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, para a banca de qualificação, como requisito para a obtenção de grau de mestre em Direito Público. Linha de pesquisa: Constitucionalização do Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr.

Maceió, AL

2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante – CRB:1664

N744t Nobre, Gustavo Henrique.

Teoria do adimplemento substancial enquanto exceção de direito material na relação obrigacional vista como um processo / Gustavo Henrique Gonçalves Nobre. – 2018.

177 f.

Orientador: Marcos Ehrhardt Júnior.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 171-177.

1. Teoria do adimplemento substancial. 2. Direito civil constitucional. 3. Obrigação como processo. 4. Exceção do direito material. 5. Balizas.

I. Título.

CDU: 342.41



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



GUSTAVO HENRIQUE GONÇALVES NOBRE

**"TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL ENQUANTO EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL
NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL VISTA COMO UM PROCESSO."**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. MARCOS EHRHARDT JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Querino Mallmann (UFAL)

Julgamento: Aprovado (9,5)

Assinatura: _____

Prof. Dr. José Barros Correia Júnior (UFAL)

Julgamento: Aprovado (9,5)

Assinatura: _____

Profa. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo (convidada externa/UFPE)

Julgamento: Aprovado 9,5

Assinatura: _____

Maceió, 18 de maio de 2018.


Prof. Dr. George Sarmiento
FDA UFAL
george.sarmiento@hotmail.com
+55(82) 9314-1414

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte maior de sabedoria, toda honra e glória pertencem a Ele.

Aos meus pais, Eraldo e Vânia Nobre, minha base e porto seguro.

À minha noiva e futura esposa, Bruna Valente de Lima, seu amor e companheirismo nunca me faltaram.

Aos meus irmãos, Gabriel e João Pedro Nobre, pela torcida.

Aos amigos, Georgina Bomfim e Anderson Luís, casal que servem de exemplo a ser seguido para a cultura jurídica alagoana.

Ao Mestre Marcos Ehrhardt Jr., preceptor de todos os meus passos acadêmicos, a quem tenho absoluta gratidão e admiração.

Aos Profs. Beclaute Oliveira, José Barros e Querino Mallmann, cada um, à sua maneira, foi decisivo para a construção desta dissertação.

Aos meus sócios e irmãos de luta, Djalma Barros, Pedro Cavalcante e Vinícius Lamenha, sempre compreensivos com a minha ausência e vigilantes no trato do nosso BCLN.

Aos colegas e amigos da Melhor Turma da FDA, brilhantes companheiros desta árdua caminhada, os quais saúdo em nome do amigo Bruno Acioli.

A missão principal do jurista é dominar o assoberbante material legislativo e jurisprudencial, que constitui o ramo do direito, sobre que disserta, sem deixar de ver e de aprofundar o que provém dos outros ramos e como que perpassa por aquele, a cada momento, e o trespassa, em vários sentidos. Mal dá ele por começada essa tarefa, impõe-se-lhe o estudo de cada uma das instituições jurídicas. Somente quando vai longe a sua investigação, horizontal e verticalmente, apanhando o sobredireito e o direito substancial, é que pode tratar a regra jurídica e o suporte fáctico, sobre a qual incide, avançando, então através dos efeitos de tal entrada do suporte fáctico no mundo jurídico.

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

RESUMO

Tendo em vista que a relação obrigacional já não pode mais ser percebida como uma categoria jurídica estanque e, ainda, devido ao fato da obrigação já não representar uma mera interação entre sujeitos opostos cujo imperativo volitivo subjugava a retidão negocial amparada em deveres gerais de conduta, desperta-se a necessidade de avaliar a Teoria do adimplemento substancial à luz de um sistema jurídico aberto e imbuído do propósito de concretizar os ditames da Constituição de 1988, nas relações entre particulares, resultando no que se convencionou chamar de Direito Civil-constitucional. Para tanto, opta-se por iniciar a investigação da referida Teoria pela obrigação vista como processo com foco na perturbação das relações obrigacionais. Ademais, busca-se a verificação do comportamento da Teoria do adimplemento substancial em caráter processual externo, sua veiculação e impacto nas regras processuais na linha das exceções de direito material. Por fim, propõe-se organizar balizas de reconhecimento da Teoria para analisar seu desenvolvimento histórico no Superior Tribunal de Justiça e que sirvam como base para todo o sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Teoria do adimplemento substancial. Direito Civil-constitucional. Obrigação como processo. Exceção de direito material. Balizas.

ABSTRAC

In view of the fact that the obligational relationship can no longer be perceived as a static legal category and yet, due to the fact that the obligation no longer shows a mere interaction between opposing parties whose willful imperative overrode the righteousness of the negotiation based on general duties of demeanor, there arises the need to assess the Substantial Performance Doctrine in light of an open legal system that is aimed at turning the dictates of the 1988 Constitution into reality when it comes to private dealings, thus resulting in what is commonly referred to as Civil-Constitutional Law. Therefore, one chooses to look into the said doctrine by taking obligation as a proceeding focused on disrupting obligational relationships. Furthermore, an assessment is needed of how the Substantial Performance Doctrine works when it comes to external procedures, how it becomes known, and what its impact on procedural rules that deal with Substantive Law exceptions is. In conclusion, boundaries are drawn that home in on the Theory, allow its historical development in the Superior Court of Justice to be assessed, and work as a foundation for the entire Brazilian legal system.

Keywords: Substantial Performance Doctrine. Civil-constitutional Law. Obligation as a Proceeding. Exception to Substantive Law. Boundaries.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: CAMINHOS CONTEMPORÂNEOS PARA UM SISTEMA JURÍDICO RENOVADO	14
2.1	PROPOSTA INTERPRETATIVA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL	16
2.1.1	No que consiste a interpretação sistemática?	21
2.2	INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TÓPICA: SUPERAÇÃO DA SUPOSTA POLARIDADE	24
2.3	O PAPEL DOS PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICA	28
2.3.1	Cláusulas gerais e princípios: uma proposta jurídica viável para um Direito Civil renovado?	34
2.3.2	Binômio Dignidade Humana/Solidariedade nas Obrigações	36
2.3.3	Princípio da Boa-fé	38
2.3.4	Princípio da Função Social do Contrato	41
2.4	TRIPÉ DAS OBRIGAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: FUNCIONALIZAÇÃO, RESSISTEMATIZAÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL	43
2.5	O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OUTRAS ABORDAGENS HODIERNAS CONFUNDIDAS COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO	47
3	DA TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES À OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO: CAMINHOS PARA A COMPREENSÃO PANORÂMICA DA PERTURBAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL	51
3.1	A RELAÇÃO OBRIGACIONAL	52
3.2	DAS FONTES DA OBRIGAÇÃO SEGUNDO A TEORIA DO FATO JURÍDICO: CATEGORIZAÇÃO DO ADIMPLEMENTO (TOTAL) E DO INADIMPLEMENTO (EM SENTIDO AMPLO)	57
3.2.1	Adequação da categorização pontesiana à percepção do direito civil-constitucional	63
3.3	DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL: A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO	66
3.3.1	Da perturbação das relações obrigacionais	73
3.4	A CULPA E O INADIMPLEMENTO (EM SENTIDO AMPLO)	76
3.5	DO INADIMPLEMENTO RELATIVO: APROFUNDAMENTO E POSSÍVEL DIÁLOGO COM O INADIMPLEMENTO ABSOLUTO	78

4 DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: VISÕES INTERNAS E EXTERNAS.....	83
4.1 LINHAS GERAIS DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	83
4.1.1 Cláusula resolutiva e adimplemento substancial.....	85
4.2 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA VISÃO INTERNA DA OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO: TEMPO, LUGAR E FORMA	90
4.2.1 Adimplemento substancial no contexto do <i>Civil Law</i> e no plano Supranacional.....	92
4.2.2 A Teoria do adimplemento substancial na órbita do direito civil-constitucional	96
4.3 DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NA TEORIA DA QUEBRA ANTECIPADA COMO INSTITUTO FROTEIRIÇO À TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	99
4.4 DA EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL: PREMISSAS PARA A ANÁLISE DA VISÃO EXTERNA DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	103
4.4.1 O adimplemento substancial como exceção de direito material.....	106
4.4.2 <i>Exceptio doli generalis</i>	107
4.4.3 Da classificação das exceções de direito material	110
4.5 DA EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL AO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: DOS ASPECTOS GERAIS A UMA VISÃO PROBATÓRIA ...	114
4.5.1 Do aspecto probatório nas exceções de direito material	117
4.5.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo CPC	120
5 DAS BALIZAS DE RECONHECIMENTO DO ADIMPLMENTO SUBSTANCIAL À ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	124
5.1 BALIZA QUANTITATIVA INDICIÁRIA	128
5.2 BALIZA QUALITATIVA PRINCIPIOLÓGICA: A BOA-FÉ OBJETIVA .	130
5.2.1 Boa-fé objetiva como elemento hermenêutico integrador	133
5.2.2 A boa-fé objetiva como fonte de deveres e direitos.....	135
5.2.3 Boa-fé objetiva como agente limitador de posições jurídicas inadmissíveis	136
5.3 BALIZAS QUALITATIVAS LIQUIDANTES	140
5.3.1 Interesse Creditório	140
5.3.2 Causa	144
5.4 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E A PRÁTICA JUDICIÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	148

5.4.1	Ascensão – Recurso Especial 76362/MT.....	150
5.4.2	Disseminação sem balizamento (Recurso Especial 415971/SP).....	153
5.4.3	Pretensão balizamento (Recurso Especial 1581505/SC)	155
5.4.4	Turbulência (Recurso Especial 162255/MG)	159
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um marco jurídico-histórico capaz de propulsionar a proclamação de renovados horizontes interpretativos para o ordenamento jurídico brasileiro, complexo e unívoco, como se espera de todo sistema jurídico hodierno.

Esse fenômeno foi e ainda é marcado, principalmente, por abraçar um viés humanista do direito, uma exigência posta pelo binômio constitucional dignidade humana e solidariedade, adequado ao enriquecimento axiológico da ordem econômica ou patrimonialista, igualmente imprescindível ao Direito Civil-constitucional.

Nesses termos, é óbvio que a guinada promovida pelo novo modelo democrático de cidadania constitucional, com ênfase – ao menos circunstancial – na imposição de um olhar diferenciado e quase sempre fincado em bases solidárias, de um indivíduo para outro, repercutiu juridicamente, ou ao menos deveria repercutir, no respeito à harmonia do tráfico jurídico tão caro à vida em sociedade.

É, portanto, plenamente assentado – numa esperança de moralidade (democrática) imposta pelo Estado Democrático de Direito – o pleno reconhecimento da reciprocidade que marca a conexão de um indivíduo em relação ao seu semelhante.

Nessa linha, tem-se que o Direito Civil não se quedou inerte diante dessa virada estruturante do ordenamento pós-Constituição de 1988, o qual, aquilatando um papel de destaque para dentro do atual Estado Democrático de Direito, passou a influenciar, formal e materialmente, na validade e fundamentação das normas, máxime, sobre aquelas de cunho patrimonialista.

Trazendo tal perspectiva para o campo das obrigações¹ – cujo solo é enraizado, ainda hoje, pelo forte conjunto de valores liberais clássicos, voltados para a manutenção da propriedade privada e para a liberdade e igualdade individuais – é possível perceber – paradoxalmente, em verdade – o crescimento do referido espírito de reciprocidade forjado

¹ Alerta-se que o foco maior deste trabalho quedar-se-á no Direito Civil, contudo, por uma questão de afinidade e, sobretudo, de abrangência teórica do tema proposto, também serão analisadas questões igualmente válidas ao Direito do Consumidor, principalmente no último capítulo, quando se terá o enfrentamento de Jurisprudência acerca da temática proposta e que apresenta, como pano de fundo, questões de relação de consumo. Assevera-se, ademais, que essa comunhão com a temática consumerista não degenera, em absoluto, os caminhos que serão percorridos neste trabalho, mesmo porque se adota uma visão tópico-sistemática que guarda uma integração dos diversos ramos do “direito privado” pelos influxos principiológicos oriundos de princípios basilares como o da boa-fé objetiva, devidamente dissecado ao longo desta dissertação.

no âmbito constitucional e que modificou as bases do direito “privado” na contemporaneidade. E por direito privado, para os propósitos desta dissertação, entenda-se a expressão, unicamente, como mera distinção funcional/didática/organizacional frente ao que se convencionou chamar de direito público. No fim, todas essas funções (públicas ou privadas) são condensadas no âmbito dos princípios e regras imanentes da Constituição, aqui outra marca de seu espraiamento sistêmico.

Nesses termos, o Direito Civil na contemporaneidade é a própria ressurreição do sistema jurídico, pretensamente “privado”, só que dessa feita voltado para o ser humano em suas relações intersubjetivas, cuja a dignidade humana, mola propulsora da perpetuação do indivíduo enquanto base fundamental da sociedade, passa a ter um significado mais evidente e preponderante que o mero jogo simplista da patrimonialidade. É como se a codificação civil passasse a ser coordenada pelos influxos principiológicos conduzidos pela e para Constituição Federal e seus propósitos, passando num segundo momento a repercutir em microssistemas jurídicos que com a codificação dialogam.

Ademais, a constitucionalização fixou uma transmutação no próprio arranjo da tradição civilista moderna, a qual, aos poucos, impactada pelo reconhecimento da força constitucional na esfera cível, acolchoou um renovado patrimonialismo, capaz de servir ao anseio social, para além da sustentação do liberalismo clássico, cujo espírito proprietário, não raro, era sovino.

Precisamente nesse contexto de reviravolta axiológica foi que ganhou força, no Brasil, a Teoria do adimplemento substancial, objeto precípua deste trabalho. Tal doutrina, como será melhor visto, nasce como uma resposta à clássica visão da obrigação como um conjunto de categorias simplistas e estanques que não são capazes, em si mesmas, de traduzir a complexidade atual das estruturas jurídicas, cada vez mais assimétricas e líquidas.

Assim, a aludida Teoria terá a base esmiuçada, para melhor compreensão de sua aplicação, como forma de afirmar a vitalidade e, mais do que isso, a efetividade do modelo civil-constitucional como fonte de potencialização da construção de relações socioeconômicas amparadas no respeito mútuo entre seus agentes propulsores.

Para tanto, optou-se por dividir o presente trabalho em quatro partes interligadas. A primeira delas demonstrará a visão teórica que se adota para calibrar o desenvolvimento dogmático desta dissertação, tentando traduzir aos leitores o ponto-de-vista que se parte

para compreender e sentir o direito como um ferramental teórico tendente a resolver – ou ao menos estabilizar – os conflitos e dores dos indivíduos dispostos na e pela sociedade.

Em um segundo momento tentar-se-á demonstrar o projeto geral do que se entende como sendo a Teoria Geral das Obrigações numa visão dinâmica e mais condizente com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Civil.

Nesse diapasão, colocar-se-á a obrigação como processo numa linha de pensamento alinhada com Clóvis do Couto e Silva, capaz de apresentar, sobretudo em tempos de constitucionalização, uma simples e ao mesmo tempo aprimorada ilustração do que seria a caminhada na alameda da “perturbação da relação obrigacional”, habitat natural da Teoria do Adimplemento Substancial. Aqui se buscará, na medida do possível, adaptar as lições de Pontes de Miranda – também denominadas neste trabalho como sendo lições pontesianas – para a compreensão de cada ponto analisado, demonstrando-se, outrossim, como os ensinamentos de grande vulto deste jurista ainda encontram-se vivos e úteis às pesquisas da civilística moderna.

Situado o leitor na região do Mundo Jurídico onde localiza-se a Teoria do Adimplemento Substancial e, de certa forma, já oferecidos quase todos os marcos teóricos da pesquisa desenvolvida, chega-se ao terceiro ato desta dissertação, momento em que a Teoria do Adimplemento Substancial é dissecada em duas perspectivas: interna e externa.

Quanto à primeira visão, serão exibidas as impressões que se tem do adimplemento substancial como um elemento próprio da “perturbação da relação obrigacional”, qual é a sua formatação enquanto marco referencial da caminhada rumo ao (in)cumprimento do cronograma obrigacional em si. Quanto à segunda parte, reputa-se como uma contribuição inédita deste trabalho à doutrina pátria que desenvolveu a Teoria em comento, demonstrando como de fato ela se comporta na prática processual, perpassando pela análise de sua natureza jurídica de exceção de direito material, o que conclui trazendo à colação o referencial teórico de Serpa Lopes.

Já no último e decisivo capítulo, serão abordadas as balizas de reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial, as quais serão organizadas metodologicamente em três subgrupos, quais sejam: baliza quantitativa indiciária, baliza qualitativa principiológica e qualitativa liquidante. Essa classificação terá como efeito prático a construção de um arcabouço teórico que permitirá uma maior racionalidade da

comunidade do adimplemento substancial como argumento jurídico na resolução de conflitos na seara obrigacional.

Em conclusão, para além da análise da produção doutrinária, buscar-se-á averiguar a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema perseguido neste trabalho, fazendo-se uma comparação, mais precisamente no capítulo conclusivo, entre a dogmática e a *praxi* jurídica.

2 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL²: CAMINHOS CONTEMPORÂNEOS PARA UM SISTEMA JURÍDICO RENOVADO

A interpretação do Direito Civil-constitucional é direcionada a um ordenamento jurídico que se mostra perfeitamente imperfeito, inacabado, móvel e, ao mesmo tempo, aberto a resolver o problema social, do caso concreto. Isso faz da interpretação um elemento multifacetado adaptável à fluidez da sua estrutura porque, segundo Fabíola Albuquerque:

A Constituição abandonou a condição de instrumento meramente político e passou a ser instrumento sociojurídico privilegiado das relações privadas. Havia uma preocupação em dimensionar o valor da pessoa humana em sede constitucional. Importava uma inversão valorativa em relação à codificação civil, ou seja, a tutela da pessoa humana passava a irradiar as relações jurídicas em detrimento do aspecto patrimonial tão caro ao período liberal. Valores, até então desprezados, a exemplo da justiça social ou distributiva, passavam a colorir o cenário social. Propugnava-se por uma ordem consolidada na ideologia social.³

Tal perspectiva vai de encontro ao clássico postulado teórico civilista, que por força das grandes codificações, a exemplo do Código Napoleônico, influência direta do Código Civil Brasileiro de 1916, propugnava que o código era uma espécie de panaceia jurídica, donde se brotaria, com exclusividade, todas as referências de soluções para os problemas cotidianos do indivíduo/sociedade.

Ao código e nada mais. A estática seria um ponto de inflexão e concentração do ser humano em suas frustrações e soluções jurídicas segundo o raciocínio da civilística clássica. Tal modelo interpretativo propunha, por óbvio, uma impotente solução jurídica, posto causar certa tensão social capaz de distorcer, em simplismos, a complexidade que abarcava a realidade e o ordenamento jurídico.

Do código para o ordenamento como sistema. Na contramão da concepção clássica, afirma Pietro Perlingieri que:

O ordenamento não constitui um sistema imóvel, fechado entre os confins de sua completeza formal e linguística, mas um sistema aberto e sensível à mudança dos fatos e da história, resultado de uma contínua, incessante obra de conhecimento científico amparado por uma investigação empírica que não se

² Deseja-se empregar a expressão Direito Civil-constitucional em um sentido amplo, capaz de agregar, inclusive, ramos especializados e afins ao Direito Civil propriamente dito, à exemplo do Direito Empresarial e, principalmente, o Direito do Consumidor. Não se olvida que neste caso perde-se em precisão, mas, em contrapartida, ganha-se em extensão.

³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Direito do Consumidor e os Novos Direitos. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p.81.

limita a operar com símbolos, mas com fatos, isto é, com conteúdos verificáveis.⁴

Assim, focar o Direito Civil por intermédio da lente Constitucional é permitir a abertura dinâmica do ordenamento para resoluções de problemas de grande complexidade jurídica, sem descartar o enfrentamento de tal complexidade, é conseguir enxergar que uma relação obrigacional seria mais do que um mero núcleo de manifestação de interesses negociais. É perceber, de igual sorte, que tal elemento negocial é a representação de um arranjo socioeconômico que perpassa pela dignificação solidária do indivíduo como um ser gregário, provido de instrumentos culturais sustentados em sentimentos/vontades, posto que ultrapassa qualquer esquema lógico-jurídico rígido e inflexível previamente estabelecido.

Existiria, nesse contexto, uma transmutação do *modus operandi* do jurista diante dos problemas a ele apresentados. Assim, a técnica clássica de resolução de problemas herdada das grandes codificações oitocentistas, conforme dito linhas atrás, arrimada numa clausura edificada pela concepção silogística do código pretensamente infalível, é abandonada pela visão civil-constitucional a qual, em sentido revesso, passa a encarar as dificuldades jurídicas de forma mais fluida, dialógica e próxima dos anseios e interesses emanados pelos indivíduos como esferas propulsoras de juridicidade.

Isso não implica em dizer que todo o ferramental desenvolvido pelo modelo civil clássico de interpretação deva ser totalmente banida da órbita jurídica, conforme será visto ao longo deste trabalho. É que o Direito Civil-constitucional é inclusivo e multifacetado, permite que o Código seja tratado como uma de suas bases, mas não a única, até mesmo fazendo uso, em certos casos, do esquema lógico-dedutivo amplamente aperfeiçoado pelo trabalho silogístico, tão caro ao civilista clássico, mas que ao contemporâneo não passa de mais um recurso para perseguição da justiciabilidade no caso concreto.

Contudo, o que não se permite na visão contemporânea – civil-constitucional – é a perpetuação do dogma da infalibilidade da codificação, é o raciocínio do exegeta que percebe o Juiz como mera boca da lei. Despreza-se, portanto, o ideal⁵ que impunha aos agentes jurídicos a amorfia social do espírito liberal clássico ou o esdrúxulo raciocínio de

⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 82.

⁵ Tal ideal, em que pese uma relíquia jurídica de tempos duros do Direito Civil, aqui e acolá parece rebrotar no inconsciente de alguns membros da comunidade jurídica, a exemplo do que parece ter ocorrido no Resp. de nº 162255, a ser analisado no último capítulo desta dissertação.

que o diploma civil seria uma infraestrutura sociologicamente isolada, fechada em si e, sequer, capaz de dialogar com outros ramos e diplomas do ordenamento, à exemplo da própria Constituição.

Mas como se pode compreender a proposta interpretativa do Direito Civil-constitucional é o que será visto.

2.1 PROPOSTA INTERPRETATIVA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Nesses termos, com foco no Direito Civil-constitucional, torna-se premente buscar a cognição constitucional sem contornos excludentes e/ou purificadores de sua metódica interpretativa, raciocínio que rechaça a rotulação que classifica como arcaica a interpretação da Constituição com base nos métodos *savignyanos* – quais sejam, gramatical, histórico, lógico e sistemático – esse último, ponto fulcral e de partida para a própria compreensão do Direito Civil-constitucional, sendo melhor delimitado no próximo item e com maior atenção. Neste íterim, apresenta-se, apenas e a título informativo, os três primeiros métodos anunciados.

Quanto ao método gramatical, tem-se como o impulso inicial do trabalho do intérprete iniciado pela compreensão do suporte linguístico simbolizado na palavra escrita, em linha ou na entrelinha, a qual, sem um regramento organizacional/cultural que a considere em seus elementos semânticos e sintáticos, deixa, dentro de condições jurídicas “normais”, de representar a transmissibilidade do sentido de uma ordem sistematicamente posta pelo Direito.

O foco aqui é a literalidade, é o sentido textual que deve servir de ponto de partida para a interpretação. Em linguagem ordinária seria considerado como “pé da letra”. É exatamente deste ponto que começa a surgir o problema hermenêutico veiculado pela “presença de ambiguidade ou vagueza, a utilização incorreta dos vocábulos ou dos componentes estruturais da língua, erros de ortografia ou pontuação etc.”.⁶

Quanto ao histórico, tem-se sua decorrência do apego à análise do elemento temporal em sua dimensão humana, atrelada à cultura, sociedade, pensamento e, ainda,

⁶ LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 92, pp. 65-98, 2005, p. 68.

angústia/sentimento do homem em um dado momento histórico em que se ocasiona a criação/legislação de um suporte normativo.

Caso se busque na metáfora um recurso compreensivo para internalizar o que seria a definição do método aqui retratado, poder-se-ia fazer uma analogia ao momento da vida legislativa de certo povo, o qual fotografado, quando da revelação de seu conteúdo, conduziria o interprete receptor dos traços da imagem à reminiscência, ainda que parcial, daquele momento legislativo.

Essa imagem do momento legislativo levaria ao trabalho do intérprete o explicitar da história com base na análise dos chamados:

[...]trabalhos preparatórios – documentos elaborados quando da criação da norma interpretada, tais como: projetos, anteprojetos de lei, emendas (inclusive as preteridas), pareceres, relatórios, exposição de motivos, votos, discursos proferidos pelos parlamentares quando da discussão e votação da lei – se constitui em importante subsídio para o estudo das razões históricas da norma”.⁷

Por fim e concluindo esta breve incursão explicativa, o método lógico, cuja grande contribuição é identificar, inicialmente, as inconsistências no ordenamento jurídico, as quais, sem um esforço de superação, induzem a um caos generalizado e corrosivo da própria funcionalidade do ordenamento jurídico.

Ferraz Júnior, apesar de parecer não ser simpatizante da metódica clássica, ao se aprofundar sobre o tema da lógica enquanto método, obtemperou que as inconsistências sistêmicas – do ordenamento – são superadas através do próprio método lógico amparado em três procedimentos retóricos, quais sejam, a atitude formal (busca o estabelecimento de procedimentos de decidibilidade prévia que o parametrizam, por exemplo, o princípio de que o especial prevalece sobre o geral), atitude prática (emersa de uma atitude analítica de situações conflitivas, por sua consideração material, por exemplo, as classificações e reclassificações, a oposição simétrica entre direito público e direito privado) e atitude diplomática que, como o próprio nome sugere, trata-se de uma atitude pacificadora que exige certa dose de inventividade, a exemplo das diversas ficções decisórias que auxiliam o trabalho dos magistrados.⁸

LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 92, pp. 65-98, 2005, p.77.

⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.241.

Propugnada essas três esferas metódicas, há de se ressaltar que na contramão dos que sustentam a validade desses métodos clássicos estariam aqueles que consideram interpretativamente moderno, antenado e constitucionalmente inventivo condená-los, pura e simplesmente, por seus caracteres “privatistas” e dissonantes com a realidade constitucional, que na visão desses críticos conclama interpretações constitucionais exclusivas.⁹

Objetando essa segregação interpretativa do plano constitucional – capaz mesmo de reprimir o diálogo conformador das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico como um todo – Virgílio Afonso da Silva é enfático ao dizer que:

Quando se analisam os princípios e métodos que são propostos, percebe-se que muitos não passam dos métodos civilistas rebatizados, ou de meras reações a situações históricas passadas ou, por fim, de máximas sem maiores significados além daqueles que o simples bom senso do intérprete já requeria.¹⁰

Apesar de não se concordar com a corrente que propugna a restrição interpretativa do texto constitucional, não se olvida, em absoluto, que a Carta Magna brasileira, complexa em suas diretrizes políticas e em seus parâmetros fundantes do ordenamento jurídico, sobretudo na perspectiva civil-constitucional, seja capaz, também, de ensejar uma interpretação jurídica própria, desenvolvida com um DNA nacional – não se descartando as contribuições alienígenas como referenciais importantes e mesmo únicos para dar partida a tal mister.¹¹

Corroborando com esse posicionamento, Virgílio Afonso da Silva afirma que:

A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira. Isso implica, por exemplo, discutir que tipo de constituição era a Constituição de 1988 ao ser promulgada e se as mudanças constitucionais ocorridas desde então alteraram seus fundamentos políticos, sociais e econômicos.¹²

⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In DA SILVA, Luís Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.116.

¹⁰ Ibid., p.140.

¹¹ Não se acredita que o Brasil possua um modelo dogmático constitucional, ou mesmo civil-constitucional, realmente amadurecido a tal ponto que se possa eliminar os marcos teóricos/referenciais estrangeiros de um trabalho, como o ora apresentado, sem que com isso não se cometa o pecado de empobrecer a pesquisa e o próprio desenvolvimento teórico. Por isso justifica-se, aqui, os inúmeros modelos e referenciais dogmáticos estrangeiros, a exemplo dos métodos de Savigny, para compreender o que aqui se expõe como sendo o Direito Civil-constitucional. Buscar desenvolver uma base dogmática tipicamente brasileira, é incursão teórica que foge às raízes deste trabalho.

¹² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In DA SILVA, Luís Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.143.

Por outro lado acredita-se, de igual sorte, em certos influxos de rebeldia da normatividade constitucional direcionada à formatação monolítica de interpretação constitucional. Não existe, em perspectiva mais direta, um único caminho. A própria complexidade da Carta Política brasileira não o permite. Tal constatação, contudo, não implica em dizer que a Constituição e, em último caso, o Direito Civil-constitucional, sejam verdadeiras anarquias interpretativas, onde o Poder Judiciário é livre para fazer absolutamente tudo que vier à cabeça e que lhe convenha estar supostamente amparado no programa constitucional.¹³

Pelo contrário. O julgador, no exercício de seu múnus público (como agente estatal), ao aplicar uma norma democraticamente posta, deve maximizar o conteúdo dela permitindo compassadamente e metodicamente – destaque-se – a revelação do caminho mental tomado para julgar o caso concreto, no intuito de reduzir sua própria subjetividade.¹⁴

Dessa forma, o momento revelador de uma decisão/interpretação normativa, por exemplo, não acontece em um estalar de dedos, sem qualquer critério, de forma natural ou quase metafísica – como parecem acreditar alguns autores que pregam a insignificância dos cânones clássicos diante da interpretação constitucional. Por outro lado, esses mesmos juristas, quando testados na prática, acabam fazendo uso de tais metódicas sem a menor cerimônia.¹⁵

Tal constatação identifica a utilidade dos métodos clássicos em não permitir uma anarquia interpretativa da Constituição e do próprio Direito Civil-constitucional, ainda que sejam reconhecidas as lacunas deixadas por esses métodos, os quais, sozinhos, são factualmente falíveis.

Portanto, há infinitos caminhos no ordenamento jurídico, principalmente quando se trata da interpretação do texto constitucional. Muitos desses caminhos entrecruzam-se, formam emaranhados, desemaranham-se; não os pavimentar com a mínima racionalidade

¹³ Nessa linha de raciocínio veja-se: SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007.

¹⁴ KRELL, Andreas Joachim. Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, v.10, n.1. São Paulo, pp.295-320, jan.-jun. 2014, p. 289.

¹⁵ Vide a análise do voto do então Ministro Eros Grau *in* SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira. PIOVESAN, Flávia *et* SOARES, Inês Virgínia Prado (Coordenadoras). **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Fórum, 2010.

metodológica seria, em última análise, cortar sua vitalidade, rendê-los homenagem fúnebre. Vivas estão as categorias clássicas de inspiração *savignyanas*.

A solução, pois, para efeito de interpretação constitucional, a qual, por vezes, desembocará na interpretação civil-constitucional, é preservar os métodos clássicos, não os excluindo. É reconhecer o seu alcance, não os extirpando da hermenêutica constitucional atual. Tal arremate é extremamente significativo ao Direito Civil-constitucional, dado o fato de que “toda interpretação e aplicação de norma jurídica é, pois, antes de tudo, interpretação e aplicação da Constituição; se essa aplicação é direta ou indireta, pouco importa, uma vez que o que prevalecerá, ao fim e ao cabo, é a norma constitucional”.¹⁶

Não se defende, por vezes, a “ditadura da relativização”¹⁷ interpretativa do direito, máxime da própria Constituição, ainda que se entenda que os métodos clássicos de interpretação encontram-se vivos ao lado de tantos outros métodos destinados, de maneira exclusiva, à Constituição, como dito acima.

Não é esse o mote do tópico. Trata-se, ao certo, de compreender a realidade hermenêutica enxergando suas possibilidades e impossibilidades, seus pontos de partida e de chegada, seu discurso organizado e voltado ao convencimento da comunidade em relação ao programa político estabelecido na Constituição Federal.

No fim, mais importante do que o caminho a ser perseguido – que não pode ser qualquer um, ressalte-se – é a revelação do resultado de acordo com os anseios materiais do sistema. Em outras palavras, a validação do método constitucional utilizado no civil-constitucionalismo pressupõe a validação da decisão no sistema civil-constitucional, e isso é o satisfatório para demonstrar sua suficiência dogmática.

Nesses termos, Perlingieri afirma que:

A formulação genérica do ditame constitucional, o pluralismo interpretativo, que facilmente se infere da leitura da jurisprudência, não devem conduzir ao cepticismo e à afirmação de que todas as possíveis interpretações devem ser consideradas rigorosas, válidas e fundadas. Se não é verdade que de uma norma seja possível uma única interpretação, e isto é, que uma interpretação de uma norma seja “verdadeira ou falsa”, é verdade que qualquer interpretação deve ser sustentada por uma argumentação rigorosa, cientificamente válida, e que se deve encarar o problema da interpretação no sistema aceitando que a

¹⁶ TERRA, Aline Miranda Valverde. Liberdade do Intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.49.

¹⁷ Atribui-se a expressão ao Papa Bento XVI, quando de seu combate ao relativismo na Igreja.

norma exprima seu valor vinculante para o intérprete e ainda mais para o seu destinatário.¹⁸

Destarte, para afastar o ceticismo no rigor decisório, o caminho que se deve percorrer, ao menos nas linhas desta dissertação, tende a encarar a complexidade/unidade do ordenamento jurídico como uma sistematização aberta capaz de entregar à comunidade jurídica – receptora do produto civil-constitucional – um raciocínio útil, sem o qual todos os esforços constitucionais de fazer um Direito Civil concatenado com a realidade social não passariam de meros sonhos ou devaneios doutrinários. O caminho que se entende viável seria o que aponta para destacar a interpretação sistemática, contribuição mais importante da metódica clássica aos propósitos do Direito Civil-constitucional.

2.1.1 No que consiste a interpretação sistemática

Ao se falar em método interpretativo sistemático, a noção mais intuitiva que vem à mente do jurista acerca do assunto é a de que essa técnica está ligada a um raciocínio ordenado, organizado, cujos elementos reunidos à sua luz serão avaliados a partir de um mesmo liame.

Bobbio, por exemplo, ao trabalhar com as acepções do vocábulo sistema, identifica ao menos três sentidos. Um primeiro sentido seria vinculado ao jusracionalismo na linha de Leibniz, vinculado a uma concepção dedutiva do ordenamento, o qual marcou o início do direito moderno.¹⁹

Um segundo sentido seria o vinculado à produção de Savigny, o qual embasou o sistema através do ordenamento da matéria jurídica (normas singulares) por intermédio de um processo indutivo capaz de produzir conceitos amplos e gerais, conforme o mesmo raciocínio classificatório utilizado pelas ciências empíricas e naturais. Desse sentido provém, por exemplo, a construção da teoria do negócio jurídico.²⁰

Por fim, um terceiro e último significado preleciona que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 80.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999, pp.75-81.

²⁰ Ibid.

Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”.²¹

Já Karl Larenz, em formato mais sintético, afirma que o vocábulo “sistema”, base da expressão “interpretação sistemática”, pode ser utilizado em vários sentidos. No entanto, todos remetem a uma mesma acepção, qual seja, “a ideia de unidade (na acepção de um ou vários pontos de referências centrais) e de ordem (no significado de uma conexão sem hiatos) da compatibilidade lógica de todos os enunciados”.²²

Por sua vez, comentando sobre o sistema jurídico no prefácio do seu Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda é taxativo ao afirmar que “os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações de vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, preveem (ou veem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem.”²³

Tal coesão está arrimada na possibilidade do intérprete tecer conclusões coerentes que consigam reunir o enunciado jurídico (parte) com o ordenamento (o todo) onde está inserido. É disso que advém a integração das normas, a possibilidade de se enxergar (leia-se, interpretar) um enunciado em toda a sua magnitude.

Logo, outra não pode ser a conclusão senão a de que a sistemática é imprescindível à formatação do Direito Civil-constitucional. É ela quem vai possibilitar um olhar mais amplo e comprometido com a tutela da pessoa na dimensão de seus interesses existenciais, capaz de permitir a projeção da força constitucional, ponto de partida da análise integrativa ou sistêmica sobre o Direito Civil.

Para uma melhor visão da unidade-complexidade do que se depreende de uma interpretação sistemática, pode-se buscar, a título ilustrativo, a própria alusão que Juarez Freitas faz ao traçar um paralelo comparativo entre o funcionamento de um sistema jurídico e o sistema nervoso humano, em suas sinapses, onde cada microrregião nervosa é

²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999, pp.75-81. Em que pese sentidos totalmente distintos, quanto à perspectiva sistêmica do ordenamento propriamente dito, tem-se que o primeiro significado exposto por Bobbio, dificilmente pode se coadunar como os outros dois significados, os quais não se mostram excludentes entre si.

²² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Caloute Gulberkian, 1997, pp. 234-235.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.01, p. IX.

parte de um todo interconectado. Em paralelo, cada componente, dentro de um ordenamento jurídico, percebe-se ser um ramo ou sub-ramo de um mesmo sistema.²⁴

A verdade é que essas ligações entre as diversas microrregiões do ordenamento jurídico são, sobre o enfoque da força da interpretação sistemática, mais fortes, quanto mais rígidos forem os substratos normativos constitucionais, como é o caso da Constituição Federal brasileira, rígida em sua estrutura legislativa.²⁵

Mesmo a Teoria Pura do Direito de Kelsen pode servir de base para essa compreensão interpretativa, ao trabalhar com o conceito de norma hipotética fundamental (*Grundnorm*) – postulado juscientífico pressuposto para encerrar a cadeia de projeção de validade de uma norma hierarquicamente inferior (normas extraídas do Código Civil) em relação a uma norma hierarquicamente superior (Constituição Federal).²⁶

Ademais, percebe-se que a vitalidade que se intui do Direito Civil-constitucional, ao embater valores aparentemente antagônicos – propriedade privada e solidariedade social – só podem ser observados caso se considere, em seu caudal teórico, a sistematização jurídica, sem a qual inexistiria a percepção de um ordenamento coerente, desprovido de normas antinômicas.²⁷

Nesse mesmo sentido, corrobora Juarez Freitas com a seguinte afirmação:

O sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete, sendo ele – o intérprete-positivador – quem, na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento, epistemológica e ontologicamente considerado.²⁸

O autor coloca expressamente, como se pode compreender do excerto acima, que o método sistemático de interpretação está voltado para prática, não sendo indiferente ao Mundo dos Fatos. Em resumo, o destino da constitucionalização do Direito Civil é a concatenação do intérprete com a realidade que o cerca, sendo isso um marco fundamental do Direito Civil-constitucional.

Corroborando para o esclarecimento da contribuição da interpretação sistemática para o aperfeiçoamento da estrutura jurídica, em especial no tocante ao raciocínio civil-constitucional, pode-se dizer com base na obra de Juarez Freitas que existe um quadrante

²⁴ Vide FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁵ LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 92, pp. 65-98, 2005, pp.80-81.

²⁶ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 217.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 203.

²⁸ FREITAS, op. cit., p. 34.

lógico que confere toda a base de sustentação de tal interpretação, qual seja: (a) o aperfeiçoamento do sistema jurídico como uma unidade axiológica, (b) as normas (regras e princípios) e os próprios valores de dado ramo do Mundo Jurídico só tem sentido, individualmente, se observado de maneira geral em relação aos demais ramos do Direito, máxime o constitucional e (c) o Direito como um conjunto normativo disposto de maneira organizada (ou quase organizada) e que pressupõe uma disposição em rede cuja conectividade de suas pontas pressupõe seu próprio funcionamento.²⁹

Portanto, a despeito da funcionalidade do método sistemático para os propósitos deste trabalho, há que se explanar acerca do que faz, de fato, desse método interpretativo, algo coeso, funcional e que traga – como tradicionalmente se buscou no Direito Civil-constitucional – respostas concretas às dores e aos anseios sociais. É desse desígnio que se consegue alcançar e compreender o sentido existencial da Teoria do adimplemento substancial.

Acredita-se que o elo perdido entre a interpretação sistemática e a realidade, seja o raciocínio jurídico introduzido pela tópica, superando a falsa polaridade existente entre ambas as figuras jurídicas. Nesses termos, a harmonização das duas técnicas abre o Direito Civil-constitucional à dinamicidade da coerência e ao diálogo com as necessidades, cada vez mais rápidas, dinâmicas e prementes, da sociedade, conforme se verá a seguir.

2.2 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TÓPICA: SUPERAÇÃO DA SUPOSTA POLARIDADE

Postas as linhas da interpretação sistemática, torna-se necessário, para uma melhor compreensão, aproximar-se a análise da constitucionalização do Direito Civil ao ônus de fundamentar a sua utilização como referencial teórico do direito, o qual deve ser assumido mediante o raciocínio tópico, adequado a sugerir uma interpretação sistemática do Direito Civil-constitucional em conexão com as provocações da realidade social.

Fundamentalmente, tem-se que a tópica é uma técnica que objetiva inserir na discussão jurídica matérias novas, vinculadas a certos e determinados problemas, contribuindo com um catálogo de argumentos jurídicos hábeis a apresentar uma resposta válida/aceitável à vida em coletividade, através de um cotejo analítico realizado entre a

²⁹ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

base do problema e os lugares comuns amplamente aceitos pela sociedade/comunidade jurídica.³⁰

Para tanto, imprescindível que se chame atenção a um fato: a tópica não é um método interpretativo, mas sim um mero mecanismo de movimentação da inteligência interpretativa, capaz de solucionar certas problemáticas jurídicas e hábil a culminar numa solução possível e convincente.³¹

Ao simplificar o raciocínio, tem-se que a tópica é a perseguição dos lugares comuns (*topoi*) que fornecem o alicerce retórico – no sentido de convencimento/aceitação – da comunidade receptora da solução do problema apontada pelo Poder Judiciário.

Tal técnica de raciocínio decisório, não se esconde, é simplificadora – sem ser simplista – da compreensão jurídica diante da complexidade que circunda a aceitação da sua solução. Todavia, também não se nega que ela demonstra um caminho nítido e seguro com o qual o intérprete autêntico da constitucionalização do Direito Civil, de fato, pode percorrer em segurança.

Inobstante, para alguns autores, como Viehweg, tópica e sistemática são como água e óleo, não se misturam.³² Para os adeptos dessa linha de raciocínio “onde quer que se olhe encontra-se a tópica, e a categoria do sistema dedutivo aparece como algo bastante inadequado, quase como um impedimento para a visão”.³³

Nesses termos, enquanto a tópica avista na assistemática a “necessidade de produção dos efeitos persuasivos da argumentação”³⁴ em um significado aberto ao diálogo, o método sistemático de interpretação tem uma organização prévia – por isso sistêmica – que conduz a uma solução do problema de modo pré-fabricado, fechado ao próprio convencimento como fim decisório.

É como se o sistema fosse – para seus críticos – alheio ao convencimento social, pouco importando com o impacto da aceitação de suas decisões, sendo algo de fechado

³⁰ KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, v.09, n.1. Rio de Janeiro, p. 258, 2016, pp. 245-246.

³¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 290.

³² *Vide* LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Caloute Gulberkian, 1997, p. 232.

³³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p.83.

³⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 291.

em si, numa lógica que exige certa disjunção entre a realidade (de um lado) e os resultados da decisão sistemática (de outro).

Entretanto, vozes levantam-se contra essa ideia de segregacionismo entre sistemática e tópica. Larenz, por exemplo, compreende o sistema como algo que, teoricamente, deva ser aberto, afirmando que o intérprete “tem que ter consciência de que nenhum sistema pode dominar dedutivamente a totalidade dos problemas; o sistema tem de permanecer aberto. É apenas uma condensação provisória”.³⁵

Olga e Andreas Krell, ao utilizarem-se das lições de Martin Kriele, ainda estranhas ao vernáculo, afirmam que é possível amoldar a interpretação sistemática com a tópica, uma vez que:

O pensar sistemático do Direito não seria incompatível com o raciocínio tópico, visto que os próprios sistemas costumam nascer de catálogos de *topoi*, que são as primeiras tentativas de organizar uma matéria caótica e torná-la compreensível.³⁶

Conclui-se do exposto que a contradição aqui versada é meramente aparente. Na verdade o que existe é uma síntese interpretativa de acepções que focam o fenômeno jurídico, em caso, o Direito Civil-constitucional, com pontos-de-vista distintos sobre um mesmo objeto, o ordenamento jurídico, embora sejam complementares.

Essa complementariedade dos referidos pontos-de-vista é tão pertinente que Couto e Silva, civilista que dissertou acerca da importância do tema em meados do século passado, defendeu a coexistência sistemático-tópica, cujo arranjo remeteria a uma base dedutivo-casuística, algo que no pensamento ocidental não seria nenhuma novidade, conquanto o assunto tenha passado um longo tempo esquecido pela filosofia e por outras áreas do conhecimento.³⁷

Juarez Freitas também defende esse pensamento, apontando que o sistema jurídico, pressuposto da interpretação sistemática, seria:

Como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento

³⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Caloute Gulberkian, 1997, p. 234.

³⁶ KRIEL, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. 2ª ed. Berlin:Dunker & Humblot, 1976, pp.145, 149 ss. Apud KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, v.09, n.1. Rio de Janeiro, p. 260, 2016, pp. 245-246.

³⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.69.

aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.³⁸

Ao buscar num esforço ainda maior o clareamento das linhas de raciocínio aqui esposadas, pode-se mesmo entender a superação da dicotomia entre tópica e sistemática, fazendo uma analogia com um dicionário de verbetes que cataloga a diversidade de acepções atreladas a um mesmo vocábulo. Assim, a organização, a catalogação e a sistematização de sua organização e lógica denotariam a compreensão de um sistema.

Todavia, cada acepção catalogada representaria, em conjunto, um catálogo de *topoi*, assim como retratou Tércio Ferraz Jr., o qual utiliza da analogia para explicar o que seria um catálogo tópico.³⁹ Esse autor, entretanto, não parece concordar com a superação da dicotomia entre sistema e tópica, optando pela última, em que pese indicar, estranhamente, um bom exemplo para desacreditar-se na suposta polaridade.

A fim de se evitar conclusões precipitadas do que ora se apresentou, ressalte-se que não se defende a interpretação sistemática aberta em tópica como uma panaceia para todos os problemas jurídicos – mesmo porque dificilmente se construirá algo, no Direito, capaz de resolver todos os problemas de uma só vez.

Assim, conforme Menezes Cordeiro delineou, pode-se condensar a ideia ora apresentada indicando que: “o sistema deixa ao intérprete-aplicador, através de dispositivos técnicos histórica e culturalmente consagrados, a tarefa de concretizar, em termos criativos, quando necessário, a sua ideia básica, dentro e fora do tecido existente em cada momento”.⁴⁰

O que se quer aqui é levantar um *standard* de técnica jurídica, racionalmente útil e filosoficamente capaz de compreender a própria constitucionalização do Direito Civil. Intento que se faz com extrema humildade e certeza de que o problema pode ultrapassar os pontos aqui enfrentados.⁴¹

³⁸ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63.

³⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 290.

⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, pp.1280-1281.

⁴¹ Em sendo a palavra viva, assim como o é a norma jurídica, existe, para além da interpretação sistemática e do raciocínio tópico, algo de imponderável, que brota da sociedade, sem grandes pretensões e pode, sem a participação ativa dos lexicógrafos ou dos juristas, atribuir novos sentidos e significados à palavra e à norma. Por isso é que Pontes de Miranda diz que “a atividade mais relevante da ciência do direito consiste, portanto, em apontar quais os termos, com que se compuseram e com que hão de compor as proposições ou enunciados, a que se dá o nome de regras jurídicas, e quais as regras jurídicas que, através dos tempos, foram adotadas e aplicadas. [...] Outra atividade, que não é menos inestimável do que aquela, está no interpretar o conteúdo das regras de cada momento e tirar delas certas normas ainda mais gerais, de modo

Transmutando-se toda a discussão versada neste tópico para a realidade do tema central a ser analisado – a Teoria do adimplemento substancial – tem-se, a título meramente exemplificativo, que considerar como *topoi* os princípios da ordem civil-constitucional, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato⁴², todos lugares comuns que servem de bússola norteadora do raciocínio do intérprete desenvolvedor de Teorias de nítida vocação expansionista do sistema aberto.

Destarte, fixadas as bases da interpretação sistemática harmonizada com a tópica, passa-se ao âmago de todo esse enfrentamento, indicando os elementos conformadores do projeto da constitucionalização do Direito Civil como uma proposta de um sistema aberto, marcado pela supremacia normativa da Constituição Federal.

2.3 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

Pela vertente posição, até aqui descrita, o Direito Civil-constitucional é fundado em um modelo de sistema aberto que guarda em sua essência uma postura problematizante, típica da concepção interpretativa que une a sistemática com a tópica. Tal arquétipo de interpretação jurídica é colocado como reflexo da junção de dois padrões estatais que repercutiram no raciocínio do aplicador do Direito Civil-constitucional: o Liberal e o Social.

Quanto ao primeiro modelo, tem-se que, após a Revolução Francesa, foi criado um Estado no qual o escopo político era assegurar estabilidade para o mercado e a propriedade privada, peças essenciais do ecossistema burguês e que acabaram por refletir na própria formulação do Direito Civil daquela época: mais patrimonialista e menos afeito aos problemas sensíveis ao homem em suas mazelas sociais. Aqui, a firmeza e o fechamento sistêmico-legalista seriam os meios garantidores da harmonia jurídica almejada, principalmente diante do anseio de conter a atuação estatal sobre as liberdades individuais.

No segundo polo, encontra-se o Estado Social, fruto da necessidade intervencionista estatal no horror causado pelo capitalismo predatório, legalmente

a se ter em quase completa plenitude o sistema jurídico”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.01, p. IX.

⁴² Também acredita-se, para os propósitos da Teoria do Adimplemento Substancial, que a força normativa das normas constitucionais, a interpretação do Direito Civil conforme a Constituição, a razoabilidade, o bom senso, podem ser considerados como exemplos, não exaustivos, é claro, do catálogo de *topoi* que envolvem a aludida Teoria.

desenfreado e nomeadamente erigido com a ascensão industrial e seu impacto no dinamismo mercadológico. O raciocínio jurídico neste ponto é aquele fundado no caso concreto, na melhor solução singularizada diante da mazela do ser humano em face de outro ser humano.⁴³

Em síntese, o Estado Democrático de Direito foi fundado na história brasileira com a Constituição Federal de 1988, sendo envolvido pelo enfoco, concomitante, dedutivo e problemático-casuísta,⁴⁴ fruto da confluência do Estado Liberal com anseios do Estado Social, permeada por um terceiro elemento, a ressurreição da Democracia pós-regime ditatorial militar.⁴⁶

Logo, o Estado Democrático de Direito é um produto jurídico adaptável e adaptado à realidade brasileira perante o efeito colateral da junção de dois polos (Liberal e Social) – ao menos aparentemente antagônicos – por força dos elementos jurídico-interpretativos suficientes à adaptação dessa dualidade democraticamente posta.

Mais precisamente no caso brasileiro, esse movimento *dual* vai repercutir no sistema aberto em *topoi*, nos moldes cogitados pelo Direito Civil-constitucional, através dos princípios e cláusulas gerais elementares à funcionalização⁴⁷ da estrutura sistêmica

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista diálogo jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, pp.03-14, Vol.I, n.6, set.2001, p.03-04.

⁴⁴ Saliente-se que optou falar em problemático-casuístico, pelo fato do termo “casuístico” isoladamente adotar, também, um significado pejorativo, qual seja, o das legislações oitocentistas, firmadas em um casuísmo que se dizia pré-determinar, no sistema, todos os suportes fáticos passíveis de incidência, descartando a realidade fática que poderia apresentar problemas sequer possíveis de serem previstos pelo legislador. O casuísmo permanece, mas doravante vinculado a um raciocínio que partirá do problema apresentado no caso concreto.

⁴⁵ Esta perspectiva histórica foi extraída da obra de BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Editora UFV, 2014. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>.

⁴⁶ Note-se que no Brasil muito por conta de nosso desenvolvimento (ou desenrolar) jurídico ser anacrônica e viver à reboque de eventos jurídico-dogmáticos estrangeiros, não se pode perceber um jogo histórico sucessivo e parametrizado das duas figuras Estatais (Liberal e Social). Entende-se que esse jogo imbricado e dialético entre os dois padrões de Estado foi ainda mais caótico e perturbador em solo brasileiro do que parece ter sido em países Europeus e mesmo nos Estados Unidos do pós crise de 1929, por exemplo. Isso porque a realidade de um país pobre como o Brasil contingencia e muito, as possibilidades de um ou de outro modelo estatal. Fato é que parece só se poder perceber realmente, na história pátria, a presença bem definida do modelo estatal Democrático e de Direito, estando a Constituição Federal de 1988 como sendo um verdadeiro divisor de águas neste embate de padrões estatais. De certo acredita-se existir, apenas, dois momentos estatais nacionais, o antes e o depois da Constituição de 1988, ou melhor, o antes e depois do Estado Democrático e de Direito encampado pela CF 1988.

⁴⁷ Chama-se atenção do leitor para um fato: quando se utiliza a palavra funcionalização nesta dissertação, estar-se-á utilizando a palavra como sinônimo de socialização.

aqui descrita.⁴⁸ Nisso reside a importância do sistema aberto e interpretativamente compreendido pelo raciocínio sistematizado na abordagem dedutivo-causal e permeado, a um só tempo, com um catálogo de lugares comuns jurídicos (princípios) que buscam, diferentemente do que a tópica clássica pode apontar, uma verdadeira concreção social, para além da mera preocupação com o discurso atrelado ao convencimento.

Nesses termos, pode-se imaginar, hipoteticamente e apenas com propósito ilustrativo, que pela perspectiva clássica de Estado Liberal, um devedor que tivesse um programa prestacional a ser cumprido e que falhasse em parcela mínima do que fora pactuado, teria que suportar os efeitos resolutórios pleiteados pelo credor e previstos no art. 475 do atual Código Civil pelo simples fato de ser considerada inadimplente, *prima facie*, já que quebrou, ainda que minimamente, a palavra dada em contrato (*pacta sunt servanda*). Já numa perspectiva extrema do Estado Social, ter-se-ia, para o mesmo caso, uma pronta proteção do indivíduo devedor por certa presunção de sua hipossuficiência material, sendo mesmo irrelevante o grau de descumprimento prestacional perante o credor, cabendo ao Estado intervir para abster o ímpeto de exploração do credor face o devedor.

Contudo, no caso do Direito Civil-constitucional, fruto da concepção de Estado Democrático de Direito, a solução deve ser moderada/ponderada, não se permitindo exageros que desequilibrem o fiel da balança para nenhum dos lados.

Em verdade, o que se faz ao farol deste padrão estatal é analisar a relação jurídica estabelecadora do programa contratual, verificando eventuais distorções de ambas as partes, identificando a insignificância da parcela devida e, por fim, confrontando tal constatação com os anseios principiológicos (catálogo de *topoi*) talhados no âmago do sistema jurídico civil-constitucional.

Assim, sopesa-se, por exemplo, a *pacta sunt servanda* com a boa-fé objetiva e o equilíbrio negocial ou a dignidade humana/solidariedade social com a livre iniciativa e a propriedade, entregando, por consequência, uma resposta útil e condizente com a busca do ideal de harmonia entre esses princípios aparentemente antagônicos.

⁴⁸ Tal constatação quanto a esses elementos já havia sido percebida por Couto e Silva na vigência do Código Civil de 1919, tendo em vista o diálogo do autor com o princípio da boa-fé objetiva, por ex., em momento em que o próprio Código Civil e, máxime, o próprio regime ditatorial, em seus arroubos antidemocráticos, ainda não se mostravam afeitos a tal temática. Aqui uma nota da genialidade do referido autor. Para uma maior compreensão, *vide* COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.69.

Desta forma, a realidade estatal brasileira recente, em relação aos aspectos jurídicos e interpretativos, deve ser alcançada, no Direito Civil, quando a Carta Constitucional passa a se comprometer com os mais variados tons principiológicos, que obriga o jurista a adotar uma postura mais aberta diante das possibilidades interpretativas e concretizadoras, ventiladas pela Constituição Federal de 1988, conforme dito, principalmente quando se deve buscar atender o referencial dignidade humana/solidariedade.

Apesar disso, no aspecto cotidiano do Direito Civil, é perceptível que a expansão normativa da Constituição ainda encontre alguns focos de resistência que assaltam a completude/abertura sistêmica depreendida do Direito Civil-constitucional.⁴⁹Essa aversão ao catálogo fundante e estruturante do Direito Civil-constitucional – herança da dogmática atrelada ao Estado Liberal – implica numa redução das possibilidades do ordenamento, o qual acaba ficando cego às extensões e às limitações indispensáveis ao processo de adaptação social pós-Constituição de 1988.

Quem sofre com o lapso interpretativo (extensões) e prático (limites), numa acepção social, é a própria constitucionalização do Direito Civil, cujos elementos conformadores do ordenamento – princípios e cláusulas gerais – ou são negados ou, o que é pior, acabam entrando no discurso jurídico como um “mero adorno teórico” ou um “lugar comum retórico”, desprovido de qualquer impacto na esfera cultural jurídica, nítido exemplo de desonestidade intelectual do intérprete do Direito em relação à comunidade jurídica receptora de seu trabalho.⁵⁰

Compreender como funcionam e como se distinguem, de fato, esses elementos conformadores do Direito Civil, é sinal vital para afastar de seus caminhos a pecha destrutiva do vazio funcional.

⁴⁹ Negam-se, por exemplo, o influxo de princípios arrimados no catálogo de Direitos Fundamentais, fazendo com que seus valores – postos na infraestrutura do próprio ordenamento jurídico – sejam reprimidos diante da interpretação constitucional e ordinária. In KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 72.

⁵⁰ Aqui se toma préstimo do pensamento de Jan Peter Schmidt, o qual mostrou o vazio prático que corrompe o princípio da boa-fé objetiva na prática. Ainda no prelo, a produção foi retratada em SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos *et* MENDES, Eduardo Heitor. *Função, Funcionalização e Função Social*. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, pp.114 -115. Cumpre notar que aqui fica consignado o desafio de utilização da tópica como modelo descensional.

Na esteira desse raciocínio, tem-se que os princípios são espécies normativas as quais, ao lado das regras e dos postulados, são tidos como “normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante”.⁵¹ Por normas, aqui, entende-se que “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”.⁵²

Por sua vez, quanto às cláusulas gerais, tem-se um modelo de técnica legislativa que desenvolve textos normativos (dispositivos), cujos suportes fáticos (antecedentes) e os preceitos (consequentes) são abertos, a ponto de serem, intencionalmente, vagos e fluidos.

Ademais, atreladas à figura das cláusulas-gerais estão os conceitos jurídicos indeterminados tais como: boa conduta, probidade, boa-fé, função social, entre outros incontáveis termos. Tais expressões são o cerne da formação das cláusulas gerais e, por possuírem uma abertura semântica extremada, permitem que o intérprete autêntico consiga acoplar certa contemporaneidade a leis e a decisões pensadas em dado momento histórico e que, tendo em vista a complexidade social, podem, em pouco tempo, exigir uma renovada atitude interpretativa. Em conclusão, são esses termos vagos que encontram-se no suporte fático e/ou no preceito das cláusulas gerais, daí a relação entre as duas categorias.⁵³

É isto que dilata o aspecto semântico das cláusulas gerais, o que confere ao intérprete autêntico “um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”.⁵⁴

Portanto, ainda que as cláusulas gerais sejam enunciados normativos que suportam – linguisticamente falando – princípios, elas não se confundem tecnicamente.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 95.

⁵² Ibid., p. 50

⁵³ Para maior compreensão do tema, ainda que trabalhado na seara do Direito Administrativo, remete-se o leitor para a leitura de KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2013, pp. 29-42.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, pp.29-30.

Cada uma dessas categorias permitem funções correspondentes em grau de importância, porém distintas para a proposta sistêmica de abertura do Direito Civil-constitucional.⁵⁵

Para melhor fixar a distinção entre princípios e cláusulas gerais, é de se anotar o seguinte exemplo extraído do art. 421, do Código Civil, que preleciona: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Tomando como base o que até aqui fora exposto, tem-se que a expressão “função social” seria um conceito jurídico indeterminado. O excerto enunciativo, como um todo, seria considerado um cláusula geral capaz de abarcar as inúmeras possibilidades desenhadas pelo tráfico jurídico. Enquanto o princípio da função social seria a busca do fim negocial, socialmente almejado, através de determinados comportamentos estabelecidos e valorados pelo julgador, os quais devem ser pautados em condutas alinhadas com os anseios e os ditames programáticos instituídos na Carta Constitucional, estabelecendo-se ideais socioeconômicos a serem necessariamente perseguidos por todos. Advirta-se que da referida cláusula geral pode surgir a regra que preleciona que o comportamento contratual que desrespeitar os anseios socializantes é proibido, devendo, por conseguinte, ser afastado/controlado pelo Judiciário.

Ora, enquanto o princípio conforma, teleologicamente, o sistema, no plano da normatividade, apontando um direcionamento para a perseguição de um fim, a cláusula geral representa um papel gramatical, sintático ou literário, que acaba por criar espaços materiais normogenéticos (de regras e/ou de princípios) dentro do ordenamento jurídico, gerando leis esparsas e codificações mais flexíveis e menos silogísticas. Tudo isso por força de um sistema aberto, onde o sentido e o valor ético está além da mera lógica-formal silogística.⁵⁶

⁵⁵ Inobstante a diferença, alguns doutrinadores ou desconsideram a distinção ou dela tiram pouco proveito. De qualquer forma, suas conclusões quanto às questões substanciais que envolvem ambas as espécies jurídicas são, ao que se depreende, acertadas e não trazem maiores prejuízos para o leitor. Nesse sentido, tem-se, por exemplo: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.78. Sobre o assunto, Marcos Ehrardt afirma que “[...] na medida em que os estudos sobre a matéria forem evoluindo, a diferenciação entre tais categorias poder-se-á mostrar necessária e, considerando a existência de critérios distintivos entre elas, não vemos razão para apresenta-los”. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.52.

⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.69.

Se por um lado o sistema torna-se aberto para o diálogo conformador com a realidade social - embora perca em certeza - por outro, ele acaba ganhando em ética, o que é imprescindível diante da proposta constitucionalizante do direito civil.⁵⁷

A escolha, de toda forma, está feita. Princípios e cláusulas gerais permeiam o Direito Civil-constitucional, saber como esses elementos podem abrir o sistema sem cair numa ditadura do arbítrio judicial, contudo, é fundamental para compreender suas funções de concretização do projeto Constitucional.

2.3.1 Cláusulas gerais e princípios: uma proposta jurídica para um Direito Civil renovado

Discutir as cláusulas gerais e os princípios é fenômeno que passa também pelo combate às posições que defendem a erradicação do sistema como categoria jurídica – mesmo que a expressão seja compreendida em sentido amplo – a ser substituída por uma pluralidade de microssistemas esparsos.⁵⁸

Para tanto, por mais que haja, sociologicamente, uma saída dialógica – por força da abertura do sistema – o juiz, com fito a resolver o problema no caso concreto, ao cabo da excursão ao exterior sistêmico, deve perceber que a sua retomada decisória ficará atrelada ao próprio sistema, como objeto remissivo, ou ao ambiente social, em que sua decisão irá operar.⁵⁹

Saliente-se que só se concorda com esse último referencial de encerramento da decisão judicial (o ambiente social) caso se considere que a Constituição – força maior da normatividade democrática – assim o permitiu como elemento de conclusão decisória. Ao se desrespeitar tal constatação, colocar-se-ia o projeto constitucional à mercê de elementos alheios ao Mundo Jurídico, algo teratológico ao próprio funcionamento do sistema.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, p.30.

⁵⁸ COUTO E SILVA, op.cit., p.69.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, pp.34 -35.

Outra constatação igualmente importante é a que, de uma forma ou de outra, o arbítrio do intérprete, fundado em um querer desmotivado, é algo inaceitável, vez que o sistema se abre para a realidade, mas não ao alvedrio da vontade do judiciário.

Em outras palavras, a decisão encontra-se acessível ao sistema jurídico que, numa ordem civil-constitucional, será determinantemente encerrado pela força normativa da Constituição Federal. Constata-se que a vontade do Judiciário (leia-se Juiz) não é relevante enquanto não for revelada. Imprescindível mesmo é a sua participação como instrumento da efetivação do enunciado constitucional.

Isso obriga que o julgador tenha que expor uma motivação plena do raciocínio que fundamentou sua decisão. É esse o ônus argumentativo que não admite que o juiz faça das cláusulas gerais e dos princípios, vazios retóricos onde residam os substratos de uma autocracia judiciária. É o sistema que, em última análise, preenche as cláusulas gerais e os princípios.

Judith Martins-Costa, quanto ao papel transformador das cláusulas gerais no sistema, constata que seria essa a maior função delas, posto o fato de permitirem a viabilização de uma “inflexão ponderada” entre Constituição e o Direito Privado.⁶⁰

Na mesma linha, Couto e Silva, amparado nas lições de Esser – aqui adaptadas para contemplar o fenômeno da constitucionalização – permite compreender que os princípios veiculados na figura da cláusula geral estão atrelados ao papel relacional e transformador existente entre o direito formal e o direito material, já que através dela é que o Juiz passa a ter um certo protagonismo na persecução dos ideais e matérias (civis-constitucionais), sem desnaturar o jogo processual (formalmente estabelecido).⁶¹

Entretanto, não se quer desconsiderar, do âmbito sistêmico, as particularidades existentes entre processo e direito material que refletem diretamente na dualidade insculpida pelo rigor formal versus a flexibilidade material.

Se assim fosse promovida a referida desconsideração, inverter-se-ia o papel do Juiz no Direito Civil-constitucional: de artífice do direito (ativismo judicial) passar-lhe-ia a condição de soberano absoluto do direito (ditadura judicial). Nesse sentido, pode-se tomar como préstimo e adaptar para esse contexto, a explanação de Bruno Lewicki que ressaltou: “não podemos encarar o ordenamento como o proverbial bufê, onde nos

⁶⁰ Ibid., p.36.

⁶¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigações como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.69.

servimos um pouco de cada coisa, a nosso gosto, deixando para lá aquilo que não nos agrada tanto. Afinal, ele é uno”.⁶²

Neste ínterim, encontra-se o ponto fulcral da abertura sistêmica: “a mútua relação entre processo e direito material, entre ação e direito subjetivo”.⁶³ Tal liberdade, fique claro, deve ser controlada e somente pode ser perfeita nos anseios materiais, tornado os ramos do Direito Civil, como o Direito das Obrigações, antes estanques, agora mais afeitos aos clamores da realidade social.

Ademais, a aplicação dos referidos princípios como fundamento para incidência da Teoria do adimplemento substancial, é meio pelo qual o juiz, no caso concreto, consegue superar a rigidez da tipicidade estática da codificação civil pátria em relação ao instituto do adimplemento, tudo isso com o anseio de possibilitar eficácia normativa à Constituição Federal, ponto comum entre quase todas as análises doutrinárias brasileiras acerca do tema proposto nesta dissertação.

É desse ponto que se passará, igualmente, aos dados analíticos acerca do binômio constitucional dignidade humana/solidariedade, imperiosos à compreensão do Direito Civil-constitucional, salientando-se, inobstante, que todos os princípios aqui arrolados são considerados, para o propósito dissertativo aqui versado, como verdadeiros portais sistêmicos, onde se passam os influxos civis-constitucionais que arrebatam a Teoria do Adimplemento Substancial, em que pese a preferência metodológica pelo enfoque, ao longo de todo o trabalho, dada à boa-fé objetiva.

2.3.2 Binômio Dignidade Humana/Solidariedade nas Obrigações

Tem-se da análise estrutural e, por conseguinte, interpretativa, do binômio constitucional em comento, que seu primeiro elemento algébrico – tomando como préstimo a figura matemática que ora se apresenta – seria o princípio da dignidade humana o qual, por sua capacidade de introjeção sistêmica e interferência nas estruturas obrigacionais, é definido por Ingo Sarlet como sendo:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de

⁶² LEWICKI, Bruno. Metodologia do direito civil constitucional: futuros possíveis e armadilhas. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 288-293, set.2014, p. 291.

⁶³ COUTO E SILVA, op.cit., p.69.

cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶⁴

É justamente dessa estrutura conceitual da dignidade humana que se pode extrair a possibilidade da inalienabilidade e irrenunciabilidade que faz desse princípio um elemento imprescindível ao Direito Civil contemporâneo e que, por ser (quase) inflexível, impõe uma estruturação obrigacional contemporânea, que permite enxergar as relações no campo civil como mais do que um meio transacional de bens da vida valorados e economicamente escassos.

Em verdade, tem-se, como bem delineado por Carmen Lúcia, que “a vida digna não é mais uma possibilidade. É um imperativo [...] mais grave que tudo, a coisificação do homem pode ser medida em preço. E a dignidade é qualidade do que preço não tem”.⁶⁵

Aqui, parece haver nítida tentativa de adoção civilística da tradição do pensamento ocidental, que parte das remissíveis bases do cristianismo e chega ao imperativo ético-categorial kantiano⁶⁶, pressuposto de uma edificação humanista do direito moderno, onde não se reconhece um espaço ontológico ao ser (humano) – mesmo no campo do tráfico jurídico-obrigacional – fora de uma perspectiva que o coloque como um fim em si mesmo.

Doutra vertente, tem-se no segundo termo binominal, a solidariedade, a qual, terminologicamente falando, pode ser entendida:

[...] sob diversas facetas: como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que “faz do outro um outro eu próprio”) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como o resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para delinquir; como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais.⁶⁷

Ora, se o princípio da dignidade humana está calcado na ontologia do ser, o princípio da solidariedade está calcado na intersubjetividade, relação ser-ser, onde a cooperação e o respeito mútuo é o agente motor para a preservação da sociabilidade

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

⁶⁵ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Vida digna: direito, ética e ciência. In: ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. (Coord.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-174.

⁶⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 247.

inerente ao único ser culturalmente gregário. Veja-se, inclusive, que existe uma dependência entre os dois termos binomiais.

Inobstante, é de valia a observação elaborada por Marcos Ehrhardt Jr., o qual indica que:

Durante todo o século XX, a noção de solidariedade social era sempre reduzida à perspectiva da caridade, do auxílio ao próximo motivado por pura liberalidade, aproximando-se, pois, da filantropia. No entanto, não é nosso objetivo colaborar para manter a noção de solidariedade como um sentimento genérico de fraternidade.⁶⁸

É partindo desse ponto, em exatidão, que se consegue perceber uma orientação sistemática capaz de insculpir a compreensão de um Direito Civil-constitucional, cuja dinamicidade, atrelada ao princípio da boa-fé (máxime em sua faceta objetiva) e função social do contrato, gera uma expansão interpretativa de evidente pertinência aos propósitos deste trabalho.

Em tal expansão, também, que se elabora o tripé do Direito Civil-constitucional: funcionalização, ressystematização e ressignificação, os quais terão um tópico próprio neste capítulo, dado o fato de serem indispensáveis para a compreensão do direito das obrigações na contemporaneidade.

2.3.3 Princípio da Boa-fé⁶⁹

A cláusula geral insculpida no art. 422 do Código Civil é o suporte linguístico que conduz o intérprete ao princípio da boa-fé por prelecionar que os “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Em exercício metalinguístico, Fachin e Schreiber apontam que o conteúdo principiológico indicado no citado art.422 do Código Civil é o mesmo que fora reconhecido no início da década de 1990 com o Código de Defesa do Consumidor, ressaltando-se, todavia, que tal concepção “difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às

⁶⁸ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.74.

⁶⁹ Chama-se a atenção do leitor para fato de que o princípio da boa-fé, em seu viés objetivo, será trabalhado em outras passagens desta dissertação, o que justifica a brevidade na qual ele é descrito neste momento. Pede-se para que se considere essa passagem como mera apresentação do tema, destaque-se.

relações de consumo”,⁷⁰ nítida formulação equivocada do princípio que nas relações paritárias pode constituir, inclusive.

Cumpre frisar que ao se falar em boa-fé, é evidente a existência de duas vertentes do referido fenômeno: subjetiva e objetiva.

Quanto à primeira, Judith Martins-Costa indica que a significância remeteria a um “estado de consciência” ou “convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória”, isso se deve ao fato de que, em tal categoria, a posição “consciente” do indivíduo, em acepção psicológica, é percebida por força da sua participação em dada relação jurídica.⁷¹

Portanto, pode-se depreender que a face subjetivista da boa-fé implica na necessidade do interprete compreender sua incidência, buscando indícios do estado de espírito do indivíduo cuja boa-fé (oposto de má-fé) em seus atos é colocada em questão. Uma vez que essas amarras psicológicas são praticamente impenetráveis, esse viés da boa-fé subjetiva é carregado de um peso probante que dificulta sua praticidade como ferramental jurídico, embora não se queira indicar com isso sua completa extinção do sistema do Direito Civil-constitucional.

Por outro lado, a boa-fé objetiva que é diretamente voltada para um caminho/postura que remete o agente jurídico à retidão, à lealdade, à honestidade, foi compreendida como sendo um modelo de conduta por meio do qual a concreção é a base analítica do caso, o que conduz o aplicador de tal categoria a uma análise diferenciada, que afaste da esfera da boa-fé objetiva os padrões voluntaristas:

[...] o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.⁷²

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo, SCHEREIBER, Anderson. A boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Obrigações: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005, p.34.

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, p. 41-42.

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, p. 41-42.

Ao versar sobre tal princípio, Paulo Lôbo indica, enfaticamente, que o princípio da boa-fé objetiva não pode ser embaraçado com o “dever de observância dos bons costumes” como condutas amplamente aceitas pela sociedade, numa acepção, quase comunitarista, de moral coletiva albergada no Mundo Jurídico. É como se a boa-fé, nesse diapasão, mais precisamente em seu sentido objetivo, ofertasse ao intérprete um espectro de visão mais específico e superior, o que ele chama de “dever de conduta” dos partícipes de uma relação obrigacional, fundada em uma conduta ética.⁷³

Embora se tenha no esforço doutrinário os caminhos que apontam para um norte interpretativo/construtivo da boa-fé, mesmo em seu viés objetivo – mais importante para os propósitos desta dissertação – é relevante salientar, como o fez Menezes Cordeiro, que “a boa fé objectiva, embora jurídica, parece escapar à lei. Na fase anterior à formação de um Direito jurisprudencial seguro, ela implica uma atividade judicante que, sem mediações normativas, deixa face a face o sistema global e o caso a resolver”.⁷⁴

Dessa conclusão de Menezes Cordeiro é que parece insurgir o espírito da equidade, como um ideal de justiça, ou ainda melhor, de justeza das decisões judiciais no caso concreto como forma de aperfeiçoamento máxima da boa-fé em dado sistema jurídico. Ora, é que a equidade, segundo Paulo Lôbo:

[...] conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado, na busca do equilíbrio dos poderes privados. Apesar de trabalhar com critérios objetivos, com standards valorativos, a equidade é entendida no referido sentido aristotélico como da justiça do caso concreto.⁷⁵

O Direito Civil brasileiro parece encontrar-se em uma fase mediana, entre o nada jurisprudencial e um histórico consolidado de precedentes, o que leva a crer que o esforço delimitador que implica na definição conceitual é, em última análise, uma busca mínima para a racionalização do instituto da boa-fé, a qual, por mais perfeito que se possa parecer o intento da doutrina brasileira, somente representará um encerramento momentâneo da discussão.

Nesses termos, impõe destaque que a vitalidade do princípio da boa-fé objetiva encontra-se na confluência do sistema e no caso concreto, não se esquecendo, especialmente, que seu conteúdo é talhado como o resultado da força constitucional que

⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.

⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p.43.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 89.

se espraia sobre o Direito Civil. Aliás, esse movimento de expansão do princípio, quando em seu desdobramento corolário, equidade, é algo expressamente perseguido pelo próprio Código Civil brasileiro. Mesma conclusão empresta-se à função social do contrato, a seguir alinhavada.

2.3.4 Princípio da Função Social do Contrato

Tem-se no art. 421 do Código Civil a seguinte cláusula geral: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Pode-se perceber de início, que o espírito normativo inferido de tal dispositivo coloca o princípio da função social do contrato em linha de confluência com a liberdade de contratar.

Tal relação, entre liberdade e função social, trata-se de uma reprodução fidedigna da Constituição Federal de 1988, precisamente nos incisos XXII e XXIII do Art.5º. Ao comentar essa imagem reflexiva da Constituição sobre o Código Civil, Miguel Reale explica que isso se deve ao fato de que “a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade”.⁷⁶

Todavia, parece que o mencionado autor, ao aparentemente encampar a figura de *mens legis*, titubeia diante da capacidade expansiva que tal princípio pode ofertar ao Direito Civil.

Ora, segundo o tridimensionalista, a *pacta sunt servanda*, mesmo depois da Constituição Federal de 1988, para não citar o Código Civil, “continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais”.⁷⁷

Embora também não se coadune, em absoluto, com a ideia (ou o ideal) daqueles que acreditam na redução – ou quase extinção da clássica *pacta sunt servanda* – sua função passou a ser encarada, sistematicamente falando, numa posição de equilíbrio de forças e importância com a função social do contrato.

Assim, se a palavra empenhada deve ser cumprida, a matéria dessa palavra deve repercutir na concreção da funcionalização do contrato pela força socializante da Carta

⁷⁶ REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁷⁷ Idem.

Constitucional de 1988, máxime, sobre a propriedade, elemento fundante das relações particulares.

Corroborando para o entendimento, tem-se que:

A função social é um exemplo claro das diretrizes constitucionais para a esfera privada, pois a propriedade e os contratos, outrora fechados – sem possibilidade de reconhecimento do interesse de terceiros a neles influir - hoje possuem a função social em sua própria definição, numa visão jurídica contemporânea que acarreta um compromisso dos institutos com a sociedade. A propriedade é acolhida como algo mais do que o elemento justificador de um estado de fato de posse e o contrato para além do conteúdo negocial de seu objeto, de forma a que se lhes vincule à noção de bem-estar.⁷⁸

Complementando a inteligência colacionada, Gustavo Tepedino indica que o princípio em comento impõe às partes envolvidas num contrato, o dever de priorizar tanto os seus interesses, quanto os interesses socialmente relevantes, juridicamente tutelados e que, de alguma forma, são tocados pela influência do contrato na esfera social. É desse ponto em diante que o sistema é funcionalizado para também atender aos anseios de “ordem pública”, democraticamente consagrada pela Constituição Federal.⁷⁹

Contudo, é de se perceber que função social não pode ser confundido como sendo um mecanismo apenas externo ao desenvolvimento obrigacional. É que a força constitucional também repercute nas categorias jurídicas de maneira interior, afetando toda a sua estrutura, sendo notório que ela se encontra imbuída de uma nova perspectiva, totalmente atinente à proteção da pessoa.⁸⁰

Corroborando para tal entendimento, é possível afirmar que:

[...] todo instituto tem uma função, se a identificação dessa função é central para a atividade do intérprete, e se disso decorre a instrumentalidade do instituto para a realização desses fins – sua funcionalização – resta a questão de como identificar a função do instituto, os objetivos que sua aplicação deve buscar, o valor jurídico que o justifica”.⁸¹

⁷⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Por uma Nova Dogmática para o Direito Privado: Direito Privado e a Noção Funcional dos Contratos Empresariais**. XVI Congresso Nacional CONPEDI, Belo Horizonte, 2007, p. 2882.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. TEPEDINO, Gustavo et FACHIN, Luiz Edson (coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas—Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. TEPEDINO, Gustavo et FACHIN, Luiz Edson (coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas—Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁸¹ KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.13, Belo Horizonte: Fórum, pp.39-59, Vol.13, jul./set. 2017, p.42.

É dessa conclusão que a doutrina alinhada com o Direito Civil-constitucional consegue constatar no âmago do direito das obrigações, o delineamento de perfis funcionais, capazes de justificar uma possibilidade interpretativa expansiva que coloque nas vias de clássicos institutos obrigacionais, como o (in)adimplemento, a instrumentalização necessária ao projeto constitucional,⁸² conforme apresentado no capítulo anterior.

2.4 TRIPÉ DAS OBRIGAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: FUNCIONALIZAÇÃO,⁸³ RESSISTEMATIZAÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

De início, é de se salientar que a tríade da transformação e catalisação do direito civil-constitucional, como já propugnada, é um patente resultado da abertura interpretativa que as influências principiológicas exercem sobre o ordenamento jurídico constitucionalizado.

É dessa abertura que se consegue vislumbrar, por exemplo, o fenômeno da funcionalização do direito civil, cuja importância, ao lado da ressystematização e ressignificação, é indispensável para a transformação do direito obrigacional contemporâneo, sem o qual, teorias como a do adimplemento substancial dificilmente seriam possíveis de se desenvolver em sua integralidade.

Estando de tal modo, como bem destacou Carlos Nelson Konder, a funcionalização impõe a análise ativa de um fato jurídico sobre o qual se buscariam os efeitos e os fins desejados pelo sistema jurídico - para além da mera estrutura “privatista” – que não é desprezada, posto ser ponto de partida hermenêutico. Dessa forma, segundo sobredito, a função social dos contratos não se atém, apenas, aos elementos clássicos da estrutura jurídica do direito obrigacional, indo além, chegando-se a sua finalidade, aos seus efeitos, ao “regime normativo aplicável àquele negócio”.⁸⁴

Ao desenvolver raciocínio que se debruçou sobre a resistência original à função social do contrato, Carlos Nelson Konder considera o contrato funcionalizado um instrumento obrigacional com um intrigante significado para o direito civil-

⁸² Ibid.

⁸³ Conforme aludido em nota de rodapé de n. 39, ao se falar em funcionalização, estar-se-á a se referir a sua acepção “socialização”, destaque-se.

⁸⁴ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**. São Paulo: Renovar, 2006, p.32.

constitucional, especialmente pelo fato de ser calcado no território da autonomia privada, a qual “em princípio permite aos particulares escolher os efeitos jurídicos que desejam produzir, as normas que irão reger suas relações interprivadas”.⁸⁵ Por outro lado, prece que esses instrumentos permitem o afloramento do que se percebe justo e equilibrado dentro do Direito Civil-Constitucional, quando do respeito da função social.

Ora, nesse particular, a funcionalização do direito das obrigações, teve (e ainda tem) que traçar contraponto à clássica concepção obrigacional que coloca o contrato como o reduto estéril da vontade, donde o Estado – Poder Judiciário – teria uma grande barreira de legitimidade ao se imiscuir. Essa posição defensiva – para não dizer conservadora – foi gestada no ventre do Estado Liberal e impregna, até hoje, a corrente clássica da teoria geral das obrigações.

Apesar disso, essa vertente do ideário liberal – de importante significado histórico – arrefeceu-se com o advento do Estado Social e, principalmente com a construção do Estado Democrático de Direito, mais precisamente nos termos do binômio dignidade humana/solidariedade.

Trazendo essa constatação para luz do Direito Civil-constitucional, tem-se, como retratado por Carlos Nelson Konder, que “não se pode admitir que o devedor consinta em despojar-se de parte de sua liberdade, contraindo uma obrigação perante o credor, se não for para atender um interesse considerado, à luz dos valores que informam o ordenamento jurídico, merecedor de tutela”.⁸⁶

Veja-se que propugnar uma posição mais social da estrutura obrigacional não é sinônimo de se olvidar da necessária reminiscência à estrutura do preceito legal colocado numa regra obrigacional. Tampouco afasta-se, a título ilustrativo, da categorização que guarda no autorregramento da vontade – para utilizar uma terminologia pontesiana – a consolidação elementar de certas hipóteses fáticas.

Há de se entender que o diálogo principiológico, defendido nas linhas deste trabalho, não restringe ou afasta o modelo obrigacional existente e legislado, em verdade

⁸⁵ Id. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.13, Belo Horizonte: Fórum, pp.39-59, Vol.13, jul./set. 2017, p.46.

⁸⁶ KONDER, Carlos Nelso; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v.2, 2008. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/11/A-funcionaliza%C3%A7%C3%A3o-civilistica-2012.2.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

complementa-o dentro das próprias aberturas sistêmicas ensejadas às obrigações pela lente do direito civil-constitucional. Isso é o que basta para que ele seja relevante.

Em palavras breves: a referibilidade da estrutura obrigacional provém do sistema e retorna ao sistema. Dessa maneira, a clássica estrutura obrigacional (= elemento volitivo + elemento objetivo + vínculo jurídico) é estreita – para não dizer inexistente – face à perspectiva sistêmica e pronta a atender as complexidades, as necessidades, as dores e as angústias do ser humano, fora de “um tubo de ensaio jurídico” indiferente à condição humana.

Nesse jogo imbrincado, une-se a estrutura funcionalizada por via de um entrelaçamento entre princípios civil-constitucionais com as estruturas clássicas postas à obrigação, criando-se a dinamicidade necessária ao desenvolvimento do direito obrigacional hodierno. Sintetizando esse raciocínio, pode-se trazer à colação que:

A obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados – especialmente o do credor – e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor.⁸⁷

Ademais, toda essa perspectiva de expansão das estruturas obrigacionais, conforme indiciado nas várias passagens desta obra, só é possível graças ao fato de haver uma perspectiva dialógica da Constituição com o Código Civil de 2002 e seus confluente especializados (CDC e Estatuto dos Idosos, por exemplo), reflexo direto da estrutura tópico-sistemática descrita no capítulo anterior.

É desse diálogo, também, que surge a possibilidade da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, capaz de produzir a ressystematização do direito civil – segundo elemento da tríade ora apresentada – ocorrida por intermédio de duas correntes teóricas que se rivalizam. Uma que defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, outra que defende a eficácia indireta e mediata de tais direitos, algo que marca a superação da rigidez que indicava o aparte binário público-privado⁸⁸. Nesses casos, tem-se, segundo Barroso, as seguintes possibilidades concorrentes entre si:

- a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;
- b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Considera-se essa separação como um *sensu comum* jurídico, algo que se considera para os fins deste trabalho como mero raciocínio didático, conforme nota de rodapé de nº 5.

da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.⁸⁹

De uma forma ou de outra, é evidente a influência constitucional, mais precisamente dos direitos fundamentais, no contexto privado, como caminho que se entende inevitável e até premente, dada a fatalidade do Estado Democrático de Direito de ficar alerta ao que acontece sobre as suas bases, ainda que entre particulares, de maneira horizontalizada. Em esclarecimento de ideias, não há direitos que sejam imunes à ação estatal.

Veja-se, por exemplo, que a liberdade de contratar, o direito à propriedade, a posse ou a propriedade, a liberdade de expressão ou mesmo de impressão, não nascem em árvores ou caem do céu como fenômenos da natureza, mas surgem da ação garantidora/positiva do Estado em assim assegurá-los.⁹⁰

Defender, em tais casos, a omissão estatal em controlar atividades particulares com base no argumento da “coisa privada” é, em último exercício argumentativo, o mesmo que aceitar a complacência do Estado (*enforcement*) com a violação de sua maior função existencial: preservar a paz e desenvolver as potencialidades individuais, o que deve se perfazer nos exatos limites da agenda constitucional.

Por fim, surge o terceiro e último elemento da tríade: a ressignificação (ou repersonalização). Tal elemento, nas linhas das lições de Daniel Sarmento, é fruto de um processo de filtragem do direito civil capaz de provocar:

[...] a releitura dos mais importantes e tradicionais institutos, como propriedade, posse, contrato, família, etc., de modo a torná-los mais compatíveis com os valores humanitários da Carta. [...] Do ponto de vista substantivo, as consequências deste novo “olhar” constitucional sobre o Direito Civil convergem para a idéia de personalização e despatrimonialização deste ramo da ciência jurídica. Em outras palavras, trata-se de reconhecer, a partir dos valores e princípios constitucionais, a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no tráfico jurídico-privado.⁹¹

Com a ressignificação, como o próprio título do fenômeno o sugere, o direito civil passa a remanejar os seus elementos simbólicos para as linhas ansiadas pelo projeto

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 81, p. 233, 2005.

⁹⁰ Nesse sentido vide: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York and London: W. M. Norton, 1999.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007. Disponível em: <fbm.com.br>. Acesso em: 10 set. 2017.

constitucional. Aqui existe a transmutação do Direito Civil que passa a posicionar o patrimonialismo, ansiado vividamente pelas codificações de matiz liberal, como um objeto cujo sentido fica afeito ao respeito à pessoa humana.

Em clássico artigo sobre o tema, Paulo Lôbo explica que o grande propósito do civilista contemporâneo é justamente:

[...] ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.⁹²

Em que pese às linhas deste trabalho não se filiarem ao abandono da patrimonialidade no Direito Civil, é notório que o espírito do agente reconhecedor da incidência normativa deva, dentro da ordem civil-constitucional, alcançar, também, o sentido da propriedade e dos elementos dela decorrentes, por meio do impacto que o projeto constitucional exerce no sistema jurídico como um todo.

Nesses termos, produtos obrigacionais como o contrato, existem como objetos funcionalizados de uma patrimonialidade que deve sempre vir a reboque do respeito aos sujeitos envolvidos pela relação jurídica. Essa parece ser a forma mais condizente com o Direito Civil-constitucional.⁹³

2.5 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OUTRAS ABORDAGENS HODIERNAS CONFUNDIDAS COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Pelo exposto até o presente momento, e como forma de embasar o próximo capítulo, tem-se que ao se buscar compreender uma categoria obrigacional como a do “adimplemento substancial”, é imprescindível que se tenha em mente que esse instituto encontra-se diretamente atrelado ao Direito Civil-constitucional, abrangido em seus pressupostos teóricos como sendo amparado em três pontos indicados por Schreiber com base na doutrina de Perlingieri: (a) a normatividade da Constituição, (b) ordenamento complexo e unívoco que permite uma pluralidade de fontes e (c) a construção de um

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁹³ Tal compreensão servirá de base para a leitura e compreensão dos elementos gerais da obrigação a serem trabalhados no próximo capítulo.

direito civil voltado à aplicação cuja a interpretação confere bases renovadas ao direito civil.⁹⁴

Quanto ao primeiro aspecto, ao se dialogar com o pensamento de Konrad Hesse, tem-se que a Constituição é a base normativa que atribui forma e, ao mesmo tempo, modifica a realidade social, através de seu impacto político e social, devido ao raciocínio que é convicto na inviolabilidade de sua juridicidade.⁹⁵

Daí decorre que a busca maior do intérprete do Direito Civil é encontrar na agenda constitucional um fim a ser alcançado, uma vez que toda interpretação de um dispositivo insito ao ramo cível deve coadunar-se com os anseios constitucionais. É dessa injunção que se preenchem as cláusulas gerais e geram os princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Quanto ao segundo elemento teórico acerca da concepção de um ordenamento complexo e unívoco, percebe-se que o Direito Civil-constitucional é viabilizado, de fato, para compreender um ordenamento “privado” disperso em fontes, entretanto concêntrico à Constituição Federal. O sistema, por conseguinte, é unificado pela e para a Constituição, o que implica em uma superação das prelações de Natalino Irti⁹⁶, as quais vislumbravam, partindo de um processo de decodificação, uma ruptura capaz de desembocar na “polissistematização” do Direito Civil.

Ora, é bem verdade que o Código Civil já não é o único elemento nuclear das relações jurídico-cíveis, porém isso não implica em dizer que haveria um processo de ruptura que a um só passo destruiu o espírito codificador e criou vários microssistemas sem imbricação. Quanto a esse fato, Schreiber informa que:

A teoria dos microssistemas tem o mérito de destacar a perda de importância do Código Civil como centro gravitacional do direito privado, diante da proliferação de leis especiais, mas o que propõe a título de solução, é uma perigosa fragmentação do sistema jurídico, que, de um lado passa a ser guiado por valores de ocasião e, de outro, deixa sem qualquer resposta os inúmeros conflitos que atraem a aplicação simultânea de estatutos diversos, inspirados, muitas vezes, em propósitos antagônicos ou assimétricos.⁹⁷

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.9.

⁹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 24.

⁹⁶ In IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milão: Dott. A.Giuffrè, 1999.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.11.

Do que se conclui, a complexidade do sistema civil-constitucional é sintetizada com a univocidade da força normativa da Constituição. Interpretar o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor ou uma Lei Societária, por exemplo, é, antes de tudo, um exercício de interpretação constitucional.

A última e mais polêmica característica do Direito Civil-constitucional perfaz-se quanto à sua interpretação voltada para a aplicação. Conforme já explanado, o sistema jurídico na atualidade é um sistema aberto. Ao se abrir, em alguns casos, ele busca a solução jurídica do caso concreto fazendo uma busca dialógica – expansão sistêmica – com a realidade no qual o problema apresentado à luz civil-constitucional se encontra.

Contudo, essa saída, que foi chamada linhas atrás da “excursão ao exterior sistêmico” só é permitida quando orientada pela Constituição e quando a impressão recolhida no campo exterior for conferida com o catálogo programático constitucional. Se assim o é, o papel do intérprete revelador do direito que incide no caso concreto não é um papel volitivo que pouco importa para os propósitos jurídicos, mas sim um papel conceitual, em um sentido concatenado com a interpretação do que rege o sistema aberto e constitucionalizado.

Portanto, o papel “criador” do Direito Civil-constitucional que o jurista assume é, dentro desse raciocínio, o da realização dos preceitos constitucionais. Criar, aqui, é sinônimo de revelar a Constituição, perspectiva ligada a uma acepção mais próxima à doutrina de Pontes de Miranda,⁹⁸ implicando em olhar o papel do jurista sem assomos hercúleos.

De tal modo, o Direito Civil-constitucional, apesar de ser atrelado a uma função mais ativa do julgador na busca de efetivá-lo, é permeado de freios e contrapesos, impostos pela própria Constituição que elege, entre outros valores, o da segurança jurídica.⁹⁹ Isso reflete na radical distinção que se deve fazer entre Direito Civil-constitucional e o direito alternativo.¹⁰⁰

⁹⁸ Para compreender melhor a questão reveladora do papel interpretativo do jurista quanto à Constituição, remete-se à leitura do prefácio do Tratado de Direito Privado *in* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.01.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Itinerário para um imprescindível debate metodológico**. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.035.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁰⁰ Por vezes, há quem coloque o diálogo das fontes como dissonante com o direito civil constitucional: “[...] aprioristicamente um valor constitucional a ser promovido, a tutela do vulnerável, e já predetermina, assim, em favor de quem já deve ser aplicada a técnica, a impedir o jurista a analisar, à luz do caso concreto, qual das diversas possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico se mostra mais adequada para

Por direito alternativo tem-se aquele direito voltado à militância político-ideológica vinculada a um pensamento mais afeito ao viés de esquerda e que, segundo Amilton Bueno de Carvalho, um dos precursores do movimento no Brasil, seria marcado por uma “atuação jurídica comprometida com a busca de vida com dignidade para todos, ambicionando emancipação popular com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta”.¹⁰¹

Para os alternativos, o direito deve, necessariamente, servir a um grupo, como se a própria estrutura jurídica já devesse, previamente, incorporar uma classe juridicamente vitoriosa pelo fato de ser oprimida, fazendo, assim, justiça social.

Ao revés disso, o Direito Civil-constitucional encontra-se direcionado a atender a ordem democrática em um significado capaz de enxergar em todo ser humano, independentemente de sua posição social, política, étnica ou sexual, um ponto de preocupação e importância de seu programa jurisdicional.

Pavimentada as linhas teóricas mais abrangentes que nortearão, doravante, o raciocínio desta dissertação, é chegada a hora de traçar um corte metodológico que permita compreender a Teoria Geral das Obrigações de maneira mais detida, trabalhando como se perfez a transformação de seus institutos mediante a influência da base teórica que enxerga a obrigação como um processo.

discipliná-lo e promover os valores constitucionais; afasta-se, assim, da interpretação sistemática.” In TERRA, Aline Miranda Valverde. *Liberdade do Intérprete na metodologia civil constitucional*. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.49.

¹⁰¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p. 89.

3 DA TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES¹⁰² À OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO: CAMINHOS PARA A COMPREENSÃO PANORÂMICA DA PERTURBAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

A dificuldade analítica de apreender o direito civil como objeto de pesquisa capaz de se mostrar milenarmente edificado e, ao mesmo tempo, funcionalmente aberto e cambiante a solucionar os diversos problemas de tráfico jurídico, faz dele um ramo do direito intricado em sua densidade de elementos das mais distintas formas e funções, como percebido no capítulo anterior.

Para compreendê-lo em caráter civil-constitucional, dentro da proposta de sistema jurídico aberto e harmonizado por um catálogo de *topoi* (cláusulas gerais e princípios) apresentada no primeiro capítulo, torna-se pertinente segui-lo revelando adequações à complexidade jurídica imposta pela contemporaneidade em relações jurídicas cada vez mais rápidas, interacionais e, sobretudo, massificadas, repise-se.

Na esteira desse raciocínio, é importante – posto ser um verdadeiro retrato da órbita civil-constitucional – pontuar os elementos da região obrigacional onde reside o adimplemento substancial, o que se dará iniciando o intento pela explanação panorâmica da Teoria Geral das Obrigações, desembocando na análise do substrato para a visão da obrigação contemporânea, qual seja, a obrigação como um processo, para finalmente adentrar na localidade cível que se convencionou chamar de perturbação da relação obrigacional, cujos principais elementos são: o inadimplemento absoluto, a mora ou inadimplemento relativo¹⁰³ e o adimplemento substancial que fica em zona fronteira ao adimplemento total.

¹⁰² Preferiu-se adotar a denominação Teoria Geral das Obrigações, assim como o fez Paulo Lôbo, não se olvidando das críticas que Pontes de Miranda fez à denominação ao preferir a opção pela expressão “Teoria Geral das Dívidas e Obrigações”, posto se estudar nesse campo dívidas que não estariam, de fato, alinhadas com a natureza obrigacional que aqui se analisará. Vide LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

¹⁰³ Segundo Pontes de Miranda “quem falha quanto ao adimplir há de ser lembrado pela tribo e lembrar-se. *Mora vem de memor*. A memória está em causa. O termo, a condição e a interpelação lembram; o devedor obrigado, que deixa de adimplir, incorre em mora. De ordinário, a mora traça linha, no tempo, e durante o percurso consumam-se as suas consequências.” Chama-se a mora de inadimplemento relativo, algo ordinário, pouco preciso. Essa é a acepção comum que se fornece ao termo mora correspondendo ao fato obrigacional no qual a pretensão creditícia ainda não foi atendida, mas, no entanto, ainda pode ser. Porém, a mora está presente no inadimplemento, seja ele absoluto (impurgável) ou relativo (purgável), pouco importando. Vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, pp.8-9.

Apregoado o alicerce do que irá ser desenhado no vertente capítulo, dá-se início, pois, à compreensão do que seriam as figuras estratégicas da Teoria Geral das Obrigações.

3.1 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Hodiernamente, tem-se que o direito das obrigações é considerado o ramo da civilística que cuida das relações jurídicas (elemento lógico) estabelecidas em caráter pessoal (elemento subjetivo), entre sujeitos de direito, ao exercerem posições de titularidade ou de dever correspectivo, um face ao outro, diante do tráfico jurídico-negocial capaz de colocar os bens da vida (elemento objetivo) em alternância de esfera patrimonial. Tal sentido pode ser destacado da obra de Paulo Lôbo ao afirmar que:

O direito das obrigações é o ramo do direito que regula a relação jurídica de dívida de prestação ou determináveis, sendo este o núcleo que o identifica. É direito relativo, a que corresponde o dever relativo. As relações negociais e a responsabilidade pelos danos imputáveis são as principais causas das obrigações, ainda que não as únicas.¹⁰⁴

Ao que se depreende do referido excerto, a ênfase da situação obrigacional está justamente na figura do devedor, aquele cuja dívida exerce um peso sobre o patrimônio. A princípio, por ter que suportar tal pressão patrimonial, seria esse o indivíduo mais frágil, juridicamente falando, posto, *prima facie*, sem uma visão funcionalizada do dever e do direito creditório, ficar refém da vontade e, máxime, dos arroubos egoísticos do poder credor.

Eis aqui, outra vez, a necessidade de se retornar à questão da funcionalização que foi discutida no capítulo anterior deste trabalho. Tal repisar é de valia neste momento, posto colocar a estrutura obrigacional nos trilhos do equilíbrio, uma vez que seu alicerce jurídico pressupõe a igualdade de condições, chegadas e partidas, na relação obrigacional. Quando isso ocorre, aí sim, consegue-se atingir o ideal de justiça (no) privado, onde se trata todos com o mesmo rigor e, máxime, sem a preocupação de se estar a cometer um beneficiamento do sujeito “a” ou “b” de uma relação obrigacional.

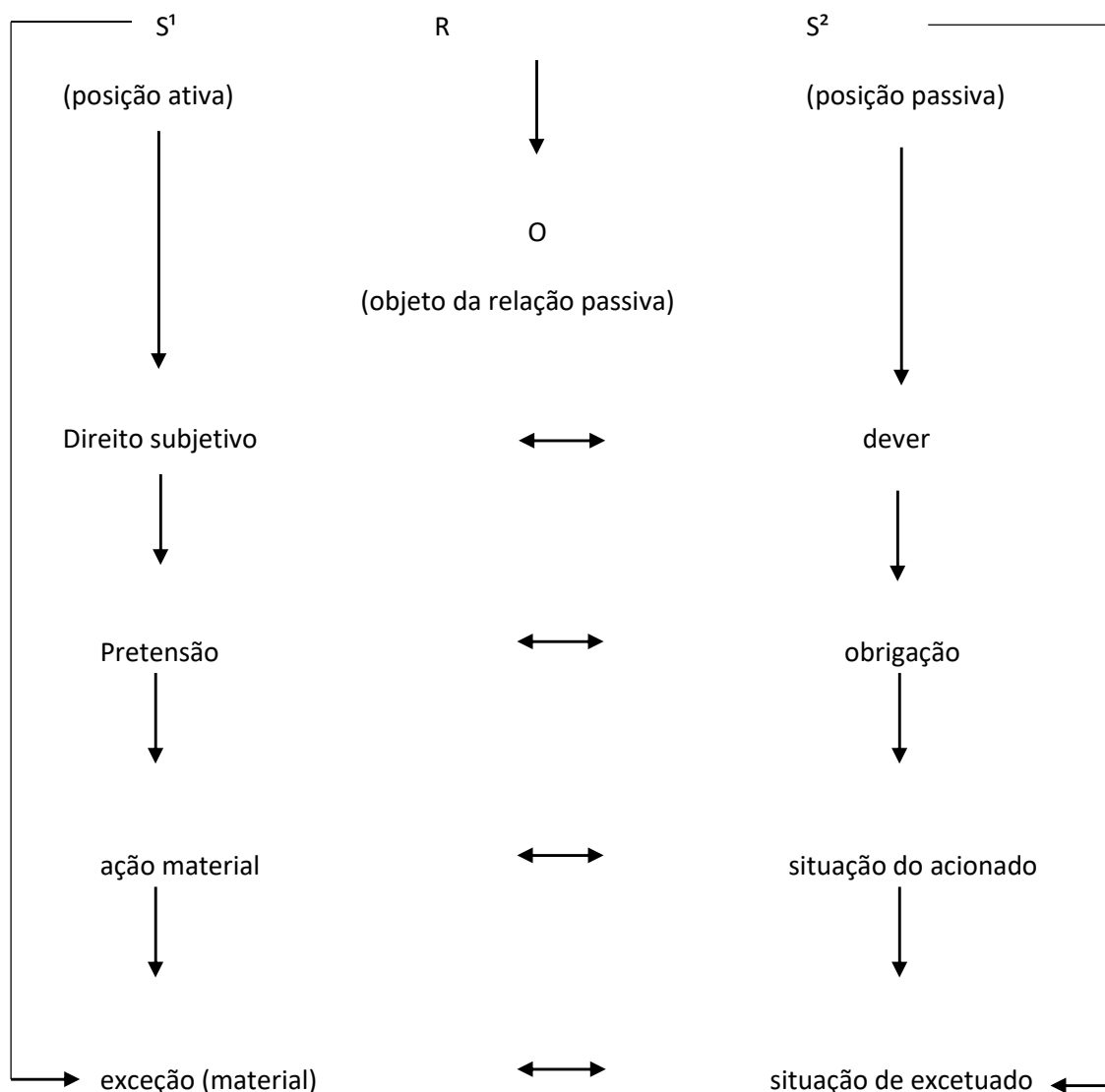
Mas onde é que essa funcionalização atuaria?

Em primeiro lugar, há que se ressaltar que ao se referir às questões obrigacionais, o Código Civil trata das relações privadas, tanto civis quanto empresariais, servindo também de base subsidiária às relações de consumo. Assim, as conclusões extraídas pela Teoria Geral das Obrigações, mesmo partindo do referido diploma legal de 2002 –

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

guardados os devidos cuidados para não descaracterizar os aspectos subjacentes à cada ramo citado – parecem possuir uma áurea de universalidade.

Outrossim, importa consignar que o cerne da relação obrigacional está calcado no que se denomina de “correspondência de direitos e deveres”¹⁰⁵ que representa uma espécie de postulado teórico, aqui assumido no tocante às relações obrigacionais, a ponto de transparecer como uma constante na formulação das obrigações, e que pode ser percebida pelo seguinte modelo lógico trabalhado por Marcos Mello:



É dessa visão que se pode perceber – ao menos nos casos onde se vislumbra o não encobrimento da pretensão – a possibilidade do exercício do direito do credor ao seu

¹⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.

crédito. Nela também fixa-se a posição jurídica que abarca a formulação dos modais obrigacionais: dar, fazer e não fazer.¹⁰⁶

Doutro passo, conforme a metáfora de Pontes de Miranda, é visível que “o crédito é como arqueiro, o homem que peleja com o arco. Pode estar armado e pode não estar. A arma é a *pretensão*. Crédito sem pretensão é crédito mutilado, arqueiro sem arco. Existe o crédito, porém não se pode exigir”.¹⁰⁷

Destarte, a pretensão creditícia é a arma, objeto obrigacional que impele o devedor obrigado a fazer cumprir com o que é pretendido pelo credor. É da pretensão creditícia, igualmente, que fica vinculada a responsabilidade do devedor por perdas e danos. A ela está atrelado, igualmente, o difundido entendimento de que o devedor que incorre em mora encontrar-se concomitantemente obrigado a suportar o exercício do direito do credor de resilir ou de resolver a avença por força do inadimplemento.¹⁰⁸

Antes de se avançar no tema, compete esclarecer, como fez Paulo Lôbo, que a dívida e a obrigação não se confundem, posto ser a primeira o antecedente lógico da segunda. Assim, tem-se que:

Na relação jurídica obrigacional, não há obrigação sem dívida. Nem sempre a obrigação ocorre simultaneamente com a dívida Quem vende à vista já tem o dever de e a obrigação de prestar (entregar a coisa). [...] Do mesmo modo, não se deve confundir obrigação com a prestação, porque esta é o objeto daquela (e também da dívida).¹⁰⁹

Outro ponto de acuidade para a caracterização geral da obrigação, é o fato de que a dívida não se confunde com a responsabilidade. Nesses termos, explica José Fernando Simão, com bases nas lições de Antunes Varela:

Em suma o primeiro elemento consiste no dever de prestar, na necessidade de observar certo comportamento e o segundo na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou seja, na relação de sujeição que pode ter por objeto, tanto a pessoa do devedor (antigo direito romano) como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou terceiro.¹¹⁰

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.5.

¹⁰⁸ Ibid., p.5.

¹⁰⁹ LÔBO, op.cit., p. 30.

¹¹⁰ SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil Brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, p. 165-181, 2013. Disponível em:< http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/80>. Acesso em: 12 set. 2017. José Fernando Simão, em nota explicativa, destaca que: “Não se ignora que há deveres decorrentes da boa-fé objetiva, chamados de anexos ou laterais, que persistem mesmo após o cumprimento da prestação pelo devedor. Neste sentido, considerando-se que os deveres anexos fazem igualmente parte do vínculo, estes também compõem a noção de Schuld e, assim, há dívida mesmo na fase pós-contratual. Por isto, se os deveres forem descumpridos, surgirá também responsabilidade (Haftung)

Na linha desse raciocínio, é de notória relevância o fato de a responsabilidade recair sobre o patrimônio e não sobre o sujeito obrigacional devedor.¹¹¹ Isso permite uma despersonalização dos efeitos do cumprimento forçado da obrigação, gerando um permissivo, ao Estado, de intervir no patrimônio (e somente no patrimônio)¹¹² do devedor, para perfazer a satisfação do credor.

Não obstante, cumpre esclarecer, tomando mais uma vez como préstimo as lições de Paulo Lôbo com base nas orientações de ordem pontesiana, que o vínculo obrigacional do credor é com o devedor, não com o patrimônio do devedor.¹¹³

A propósito, nem sempre se perceberá uma associação da dívida com a responsabilidade no tocante ao sujeito referencial desses pontos obrigacionais. É que, nos casos das dívidas garantidas por fiança, em não havendo patrimônio suficiente para suportar o cumprimento forçado, quem responde, obviamente, são os bens do terceiro interveniente/garantidor.

Outro ponto geral e que terá especial destaque neste trabalho, quando da análise das balizas de reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial, no último capítulo, diz respeito à causa como o fim perseguido pelos sujeitos obrigacionais ao se envolverem em uma avença jurídico-negocial.

Ora, conforme será melhor vislumbrado, tem-se que, apesar do ordenamento jurídico pontualmente promover o afastamento da causa da órbita de algumas obrigações, as quais se reputam como sendo de caráter abstrato, a exemplo dos títulos de crédito, certo é que não há, a princípio, obrigação sem causa. Logo, desprover uma obrigação do caráter teleológico a qual represente é, para dizer o mínimo e na maioria das vezes, desprezar seu próprio sentido existencial.

Por fim, ponto de importância ao desenrolar desta dissertação é apreendido da análise do fato jurídico como fonte das obrigações, o que se faz por filiação à linha de raciocínio adotada por Pontes de Miranda, Paulo Lôbo e Marcos Bernardes de Mello, não

após o cumprimento da prestação primária. Em suma, a noção de Schuld inclui os deveres anexos da boa-fé que existem nas fases pré, contratual e pós-contratual”.

¹¹¹ Coloca-se como exceção à essa regra o caso do indivíduo que deve alimentos e, quando inadimplente, é sancionado com a prisão de origem cível.

¹¹² Saliente-se que segundo a Lei 8.009/90, “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.”, eis aqui, pois, uma exceção a regra geral insculpida no parágrafo referenciado.

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

obstante respeitáveis posicionamentos divergentes no cenário jurídico brasileiro.¹¹⁴ Contudo, assinala-se de plano, para justificar o posicionamento adotado, a íntegra das lições de Paulo Lôbo quanto ao tema, o qual assevera:

Assim, não é a lei, por si mesma, nem a convenção, nem os atos unilaterais que configuram isoladamente as fontes de obrigação. As convenções e os atos unilaterais são espécies de fatos jurídicos, não sendo correto identificar as fontes das obrigações nas espécies em que se desdobram os fatos jurídicos. Entre a lei e a obrigação há o fato. A obrigação é efeito do fato jurídico, que é antecedido de outro efeito, ou seja, o dever (ou dívida).¹¹⁵

Ademais, conclui o autor:

Somente por metonímia as espécies de obrigações (plano da eficácia), principalmente o contrato e a responsabilidade civil, podem ser consideradas suas fontes, e sim os fatos jurídicos (plano da existência) de onde promanam. Mais grave é afirmar que a fonte do contrato é a vontade e a da responsabilidade civil é a lei. Para que uma pessoa possa considerar-se obrigada juridicamente a prestar algo a outra pessoa, é mister que o direito preveja que determinado fato (ou conjunto de fatos) seja admitido como fato jurídico, a partir do qual surjam seus efeitos, dentre eles a obrigação ou as obrigações imputáveis ao devedor. As espécies explicitamente previstas pelo Código Civil (negócios jurídicos, responsabilidade civil, atos unilaterais) apenas geram obrigações quando ingressam no mundo do direito como fatos jurídicos concretos.¹¹⁶

É exatamente dessa perspectiva que se consegue demonstrar as linhas mais genéricas do raciocínio debruçado sobre o tema que fará parte da análise do fenômeno do adimplemento (total) e do inadimplemento (em sentido amplo), imprescindíveis à compreensão do que seria o adimplemento substancial e que, de igual sorte, permitirá fornecer concretude às linhas dogmáticas do fato jurídico, conforme se verá.

¹¹⁴ Ao tratar do tema, Paulo Lôbo aponta para algumas correntes que divergem, neste particular, da posição ora adotada, o que faz ao indicar que: “Na doutrina brasileira reina grande divergência sobre o que se entende por fontes das obrigações, que seriam: a) a vontade humana e a lei (Ororimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Álvaro Vilaça Azevedo); b) a lei como fonte imediata e vontade humana e ilícito como fontes mediatas (Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves); c) os contratos, as declarações unilaterais de vontade, os atos ilícitos e criminais e a lei (Rubens Limongi França) [...]”. *In* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 48.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 48.

3.2 DAS FONTES DA OBRIGAÇÃO SEGUNDO A TEORIA DO FATO JURÍDICO: CATEGORIZAÇÃO DO ADIMPLEMENTO¹¹⁷ (TOTAL) E DO INADIMPLEMENTO¹¹⁸ (EM SENTIDO AMPLO)

Neste diapasão, busca-se na Teoria do fato jurídico a bússola dogmática que orientará a construção da descrição do inadimplemento e do adimplemento. Para tanto, analisar-se-á suas linhas gerais, para adiante fazer-se o transporte dessas figuras à perspectiva da obrigação como processo.

Para Marcos Mello, em suas leituras acerca da obra de Pontes de Miranda e cingidas neste talante, o fato jurídico, base para a compreensão da juridicidade obrigacional, é um resultado da conjugação da norma sobre a situação fática por ela prelecionada.

Em tentativa de melhor esclarecer, percebe-se que é da norma jurídica que se tem o encerramento da definição do fato jurídico, o qual atribui efeitos no plano da intersubjetividade – plano social – passando a colorir o fato social, conferindo, por consequência, origem ao fato jurídico. Nesses termos, conforme apontamento de Pontes Miranda, é de se concluir que:

Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos”. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí classifique segundo discriminações conceptuais. [...] À lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos (eficácia deles).¹¹⁹

Numa linguagem mais fluida, segundo Marcos Mello, o fato jurídico é um resultado:

Da conjugação da norma jurídica com a situação de fato por ela prevista. A norma jurídica, na verdade, tem a função de definir o fato jurídico, atribuindo-lhe consequências no plano das relações inter-humanas; enquanto esse fato não

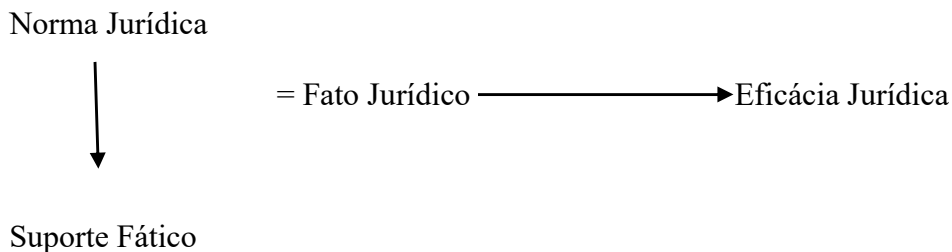
¹¹⁷ Prefere-se chamar de adimplemento a figura que parte da civilística se refere como sinônimo de pagamento, solução ou cumprimento. Isso se deve ao fato desse ser o melhor termo técnico, dado que a palavra pagamento está vinculada às obrigações de pagar quantia. Já a palavra solução parece remeter ao termo final de uma obrigação, o qual nem sempre se remete a figura de normalidade extintiva que pressupõe o adimplemento. Por fim, tem-se o fato de que nem sempre quando cumprida, a obrigação é adimplida, a exemplo dos deveres gerais de conduta.

¹¹⁸ Considera-se o inadimplemento em sentido amplo englobando três categorias: o inadimplemento absoluto, o inadimplemento relativo e o inadimplemento insignificante (ou adimplemento substancial).

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, 1983, v.01, p.6.

se materializar no mundo, a norma não passará de pura hipótese, abstração fática.¹²⁰

Transportando as palavras acima para o seguinte traçado lógico,¹²¹ tem-se que:



Concluindo, remata-se que o suporte fático é constituído de um arranjo histórico que pode, também, englobar posições paradoxalmente inativas e sintetizadas no omitir, no silenciar e no não acontecimento. Porém, é somente com fatos juridicamente relevados que se tem a incidência da norma jurídica, a qual encerra a energia jurígena necessária à identificação dos pontos factuais – presentes na realidade fenomênica ou física – relevantes e credenciados a entrarem no Mundo Jurídico.

Dessa feita, tem-se em Marcos Mello que: “esses fatos, que são transportados para o mundo jurídico por força da incidência, constituem o fato jurídico. Assim, apenas parte do suporte fático entra no mundo jurídico e compõe o fato jurídico. A outra parte permanece no mundo fático; não se transforma em fato jurídico”.¹²²

Na esteira desse raciocínio, aponta-se para a divisão do fato jurídico lícito (em sentido amplo), três classes: fato jurídico *stricto sensu* (fatos da natureza com relevância jurídica, ex. nascimento), ato-fato jurídico (fato em que se desconsidera o elemento vontade, importando apenas o seu resultado prático, ex. uma criancinha comprando uma bala na cantina de seu colégio) e ato jurídico *lato sensu*, que seria “o fato jurídico cujo suporte fático preveja como *cerne* uma exteriorização consciente da vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”.¹²³

Por sua vez, o ato jurídico *lato sensu* é dividido em duas subclasses: (a) negócio jurídico (ato jurídico onde o negociante detém a liberdade de escolha de seus efeitos) e

¹²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. XXVII.

¹²¹ Ibid., p. 156.

¹²² Ibid., p. 70.

¹²³ Ibid., p. 145.

(b) ato jurídico *stricto sensu* (ato jurídico onde o negociante não detém a liberdade de escolha de seus efeitos, os quais já se encontram pré-estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico).

Pode-se vislumbrar mais uma subclassificação do negócio jurídico, desta feita quanto aos lados que compõem as vontades negociais necessárias a sua formação. Frise-se que não importa quantas pessoas manifestaram a sua vontade, mas sim o número de polos irradiadores de interesse negocial.¹²⁴ Portanto, dividem-se os negócios jurídicos em três classes: (a) unilateral, (b) bilateral e (c) plurilateral.

Por conseguinte, o adimplemento,¹²⁵ o qual é tido como o único objeto/objetivo da relação obrigacional, devendo consistir em um dos modais “dar, fazer ou não fazer”, tem caráter lícito, possível, determinado ou determinável, conforme preleciona o art. 104 do Código Civil¹²⁶ e estaria contido na citada classe dos ato-fatos jurídicos, os quais, segundo o posicionamento pontesiano, são definidos como:

[...] atos humanos em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas. A variedade deles ainda não permitiu que se lhes cobrissem todas as regras gerais; e as regras sobre os negócios jurídicos não pode apanhá-los.¹²⁷

Todavia, cumpre salientar que essa inclusão classificatória do adimplemento¹²⁸ como ato-fato jurídico não é isenta de discussões e divergências no Direito Civil brasileiro. Na opinião de Marcos Mello, toda a celeuma acerca da questão de saber se o adimplemento é ato-fato jurídico, ou não, é fruto de uma atitude pouco científica da

¹²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 201.

¹²⁵ Todas as vezes em que se tratar da expressão adimplemento, de maneira isolada, estar-se-á a se referir ao adimplemento total.

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 63-70.

¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, 1983, v.01, p.83.

¹²⁸ Ademais, tem-se que as prestações podem ser de caráter instantâneo ou duradouro. Quanto à primeira classe, como o próprio nome sugere, existe quase que uma automaticidade/instantaneidade dos atos dentro da relação obrigacional onde, por exemplo, um indivíduo entrega dois reais ao padeiro e imediatamente após receber o montante pecuniário, o padeiro entrega o correspondente em pães. Já segunda classe de prestações, é aquela onde os atos obrigacionais se realizam em momentos não imediatos, o que exige, por óbvio, uma contrapartida da ação dos sujeitos obrigacionais em momentos cuja prestação é feita na forma diferida ou continuada. Ao se falar em forma diferida, tem-se aquelas prestações que são feitas em parcelas cuja concreção se dá em momento pontuais dentro de um período pré-delimitado, exemplo a compra e venda com prestações parceladas. No caso das prestações continuadas, sua natureza é propagar “continuamente” no tempo e sem a pré-delimitação indicada nas obrigações duradouras no formato diferido, a exemplo das obrigações de prestar alimentos. Vide: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

doutrina brasileira, a qual dá ênfase a circunstâncias irrelevantes ao adimplemento, quais sejam:

(a) no adimplemento haveria o *animus solvendi* que, por constituir elemento intencional, dar-lhe-ia caráter negocial ou, ao menos, de ato jurídico stricto sensu; (b) haveria casos em que o adimplemento se realizaria através de negócio jurídico, unilateral ou bilateral, como na sub-rogação e na dação em pagamento, por exemplo.¹²⁹

Quanto ao fato de não ser o *animus solvendi* elemento essencial do suporte fático do adimplemento, tem-se que:

(a) nas obrigações de não fazer (= negativas) a omissão do devedor constitui o adimplemento da obrigação; não há necessidade de que a abstenção do devedor seja consciente ou intencional para que se considere cumprida a obrigação; pode ocorrer, até, que o devedor nem saiba que se deve abster; basta, apenas, que se abstenha, mesmo inadvertidamente ou até contra a sua vontade; (b) as obrigações de fazer podem ser adimplidas por incapazes, sem que nisso haja qualquer invalidade. O pintor que, contratado para pintar um afresco, enlouquece durante a execução da obra, mas conclui, adimpliu a obrigação; (c) aquele que, tendo mandado pagar ao credor A a importância que lhe era devida, mas o seu mensageiro, por engano, pagou ao credor B, de quem, também, era devedor, o pagamento era perfeito e não se poderá alegar erro ou pagamento indevido nem pedir restituição.¹³⁰

Paulo Lôbo, ao tratar da natureza jurídica do adimplemento, destacou que:

[...] É irrelevante a vontade a vontade do devedor de adimplir ou extinguir a dívida (*animus solvendi*). O adimplemento não depende da aceitação do credor, em geral, pois o devedor pode depositar em consignação, se houver recusa daquele em receber, o que afasta a aceitação do credor do negócio jurídico. Ainda quando seja necessária a aceitação do credor, esta não integra o adimplemento propriamente dito. Não qualquer elemento negocial no ato de adimplir, nem no de receber, que não se confunde com aceitação. Por outro lado, reforçando o argumento de não ser ato de vontade, não se anula o adimplemento por erro, dolo ou coação, cabendo apenas ação de repetição de indébito.¹³¹

Quem adimple, não se põe no caminho do plano da validade. O adimplir é, e em sendo – com perdão da tautologia – é eficaz ou não, a depender de seu ingresso no plano da eficácia, não se cogitando do plano da validade.¹³²

Já em relação ao fato do adimplemento ser associado à realização de um negócio jurídico – como seria o caso da dação em pagamento – tem-se que “o negócio não constitui o adimplemento em si, mas, apenas, instrumento dele, portanto circunstância que o não integra, mas somente a ele subjaz”.¹³³

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170.

¹³² Ibid., p. 170.

¹³³ MELLO, op.cit., p. 129.

Quem adimple, por óbvio, afasta-se dos efeitos extremos do inadimplemento absoluto, sacia a pretensão creditícia da contraparte relacional, face ao cumprimento de seu dever e ao possível desvencilhar da responsabilidade emergente da obrigação.

Portanto, para além da compreensão do instituto do “adimplemento”, marco externo e final da compreensão do fenômeno da perturbação das relações obrigacionais, deve-se, em contrapartida, compreender a necessidade da análise do que seria o inadimplemento (em sentido amplo = inadimplemento relativo ou mora + inadimplemento total + inadimplemento insignificante ou adimplemento substancial), parte inicial e mediana do fenômeno anunciado e que, ao lado do adimplemento, comporão o cerne deste capítulo.

Destarte, é sabido que a categoria de ato ilícito civil subdivide-se em ato ilícito *stricto sensu* (absoluto) e ato ilícito relativo.¹³⁴ Isso ocorre:

Quando entre o que pratica o ilícito (= agente) ou está a ele, ilícito, vinculado, e o ofendido (= vítima) não existe relação jurídica ou, se existe, é de direito absoluto (= relação jurídica a sujeito passivo total, o alter), como acontece com os direitos reais e os direitos da personalidade, por exemplo, o ilícito é absoluto. Se, diferentemente, entre o agente do ato ilícito e o ofendido há relação jurídica de direito relativo (em que o sujeito passivo é determinado, individuado), resultante, assim, de negócio jurídico ou ato jurídico *strictu sensu*, tem-se um ilícito *relativo*.¹³⁵

Há de se perceber, pois, que o inadimplemento (sentido amplo) é, de acordo com as considerações de Marcos Mello, um ato ilícito relativo, dele nascendo pretensão à indenização (material e/ou moral), juros, correção monetária ou levantamento da quantia indicada na cláusula penal compensatória, podendo desaguar no efeito extremo da perturbação da relação obrigacional: a resolução contratual como resultado do inadimplemento absoluto, quando já não se faz presente o interesse do credor pelo adimplemento.

Ademais, tem-se também que o desenvolvimento da ideia do inadimplemento (absoluto, destaque-se) como um ato ilícito relativo é a constatação dogmática de que o suporte fático do ilícito deve ser integralmente perfeito a ponto de destruir o interesse creditício. Dessa forma, “se algum elemento se mostra menor, ou maior, do que se

¹³⁴ Essa é uma classificação que leva em conta a configuração dos elementos do suporte fático, diferente daquela classificação que leva em conta a eficácia jurídica (a) ato ilícito indenizativo, (b) ato ilícito caducificante e (c) ato ilícito invalidante.

¹³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 243.

pensava, ou se desaparece (...), a figura foi outra e é outra, em vez de ter sido aquela de que se cogitava”.¹³⁶

Isso implica em dizer que a falta de algum dos elementos formatadores do inadimplemento absoluto, cujos efeitos geram a resolução obrigacional, pode ensejar numa transmutação figurativa do tipo ilícito relativo, a tal ponto que seu suporte fático seja alterado, posto, por exemplo, não haver, de fato, a perda do interesse legítimo do credor em receber a prestação, como no caso do inadimplemento relativo.

É isso que de igual sorte parece ocorrer quando do adimplemento substancial, no qual a insignificância do descumprimento do cronograma obrigacional pressupõe o quase pleno atendimento do interesse do credor, apesar de ser caracterizado como um ilícito relativo – a menos na parte final do descumprimento do cronograma prestacionário, conforme será visto nos próximos capítulos – mas que não permite a resolução da obrigação como efeito, posta a exceção de direito material a ele correspondente, onde a boa-fé objetiva se manifesta, por força da insignificância do inadimplemento, para encobrir o direito do credor em buscar a resolução do contrato.¹³⁷

Nessa linha, tem-se que a Teoria do adimplemento substancial implica em uma construção jurídico-relacional de altíssima complexidade e que compreende, em seu advento, num marco inicial que provém de um negócio jurídico (compra e venda de um bem da vida à prestação) realizado entre S¹ (sujeito ativo/credor) com o S² (sujeito passivo/devedor), passando por um período cronológico de cumprimento do que fora pactuado (pagamento das parcelas, em exercício hipotético, conforme disposto no instrumento contratual, seguindo tempo, lugar e modo avençados).

Por conseguinte, tal cronograma negocial acaba por entrar em uma zona de turbulência, onde o pactuado deixa de ser cumprido em toda a sua plenitude, ainda que de maneira insignificante, acabando por gerar um ilícito relativo.

Dessa situação, surge a pretensão do S¹ em resolver o contrato, nos moldes do que preleciona o art.475 do Código Civil. Contudo, se for considerado que o ilícito relativo cometido pelo S² é de insignificante importância (adimplemento substancial =

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, 1983, v.01, p.96.

¹³⁷ Ademais, veja-se também que o inadimplemento substancial tampouco é um estágio transitório como a mora, dado o fato de não poder se transformar em um inadimplemento absoluto por perda do interesse do credor na prestação, ressalte-se.

inadimplemento de escassa importância na visão interna do problema) em relação ao contexto total do cumprimento (ato-fato jurídico) do contrato celebrado, faz surgir, com base em uma interpretação sistemática do direito civil-constitucional, focada, sobretudo, na boa-fé objetiva, uma espécie de pretensão do S² capaz de mitigar e se opor à pretensão resolutória de S¹, ensejando, por conseguinte, a possibilidade de S² alegar a exceção de adimplemento substancial (visão externa do problema) capaz de encobrir a pretensão resolutória de S¹ e manter a estabilidade do negócio jurídico celebrado.

Seria, portanto, o adimplemento substancial um terceiro gênero da perturbação da relação obrigacional, ao lado do adimplemento total e inadimplemento (em sentido amplo), aproximando-se mais daquele do que deste e permeado pelo elemento estabilizante da figura jurídica que seria a boa-fé objetiva enquanto princípio formador da expansão do sistema.

3.2.1 Adequação da categorização pontesiana à percepção do direito civil-constitucional

Estabelecidos os dois elementos de maior destaque no meio obrigacional conforme a compreensão pontesiana (adimplemento e inadimplemento), é imperativo discernir que a evolução do atual arquétipo obrigacional – não aferrado a categorias estanques vinculadas à lógica do “tudo ou nada” – é resultado das reações do sistema civil-constitucional à noção intransigente, historicamente presente no Direito das Obrigações, ramo mais conservador do Direito Civil a qual, na visão de Antunes Varela, é reflexo principiológico da autonomia privada ligada aos interesses e às conveniências particulares, bem como do relacionamento intersubjetivo de base puramente creditória.¹³⁸

Tais elementos obrigacionais, analisados ao longo dos séculos, receberam quase nenhuma mutação, quando comparados com outros ramos do Direito Civil, a exemplo Direito de Família e de Sucessões, o que não implica em dizer que essas transformações, quando olhadas internamente, sejam consideradas irrelevantes ou pouco funcionais, comparadas ao seu escopo milenar sedimentado.¹³⁹

É que, conforme já verificado nas linhas deste trabalho, a complexidade, a massificação e a rapidez do tráfico jurídico já não permitem uma sincronização obrigacional, sobretudo no aspecto social, com os institutos juridicamente inflexíveis, os

¹³⁸ VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Coimbra: Almedina, v. I, 2005, p. 25.

¹³⁹ Ibid.

quais, na modernidade, foram alçados à posição de relíquias baluartes dos anseios patrimoniais, em nada condizentes com a nova ordem social edificada pela força normativa da Constituição, vértice superior do sistema aberto e que exige um direito obrigacional também comprometido com a realidade e as aflições sociais, nos moldes da ordem civil-constitucional.

É justamente das bases desse renovado Direito Civil que nasce uma atividade interpretativa reveladora das cláusulas gerais e dos princípios civil-constitucionais. A doutrina e a jurisprudência brasileiras não ficaram imunes a essas manifestações, mesmo porque a codificação civil de 2002 pouco investiu em institutos mais vanguardistas.¹⁴⁰

Confirmando essa ideia, veja-se a previsão de Gustavo Tepedino acerca do projeto para o aludido Código Civil:

O novo código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais que a propriedade, o ser mais que o ter, os valores existenciais mais que os patrimoniais.¹⁴¹

Guardadas as devidas proporções, de fato, em terreno jurídico cujo Código Civil tem resquícios de apatia aos clamores constitucionais, encontra-se solo fértil para que o intérprete do sistema, relendo as bases do Direito Civil, incorpore novos institutos a ele, buscando, para tal intento, o fundamento de sua atividade na própria ordem civil constitucional(izada) e adequada à principiologia aludida no capítulo introdutório deste trabalho.

E é exatamente do alinhamento da esfera cível aos ditames principiológicos que exsurge o constitucionalizado direito das obrigações. É desse ponto que se pode colher os frutos da lição pontesiana que declarou:

Ninguém deve improvisar princípios jurídicos, como ninguém pode fazer regras econômicas, políticas ou morais. É com tijolo que se constroem casas, e não com palavras. É das relações sociais que se tiram os princípios, de modo que entre as leis e eles pode haver paralelismo e a ineficácia daquelas será proporcional à discordância entre uns e outros. Na vida, toda a aplicação tenderá para reduzir as leis aos princípios e a perfectibilidade está em formulá-las o mais próximas deles que for possível. Todos os princípios têm conteúdo especial (ético, político, econômico, etc.), ou geral (social), e seria preciso modificar a substância social para modificar, ou para suprimi-los. É pela

¹⁴⁰ Não obstante a crítica, registre-se, aqui, a posição de Marcos Ehrhardt Jr. o qual compreende o CC/02 “apenas como a fundação (alicerce) do edifício jurídico das relações privadas, jamais como seu telhado. Os operários dessa construção são todos os operadores do jurídicos que no momento ainda estão preparando o canteiro de obras”. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.54.

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, vol.7. Rio de Janeiro: Padma, 2001, editorial.

indução que, das soluções mostradas nas relações que se observam, pode tirar-se o princípio; depois, pela dedução, aplicar-se-á aos casos análogos.¹⁴²

Por vezes, percebe-se que mesmo com as referidas falhas de previsão expressa de institutos obrigacionais mais flexíveis e avançados – no tocante à intensidade da adaptação social – isso não impediu que o sistema jurídico, aberto em cláusulas gerais e princípios, progredisse nas brechas deixadas pelo legislador do Código Civil.

Tal ponto, em convergência com a noção da constitucionalização, cria a pluridisciplinariedade a qual, conforme Paulo Luiz Netto Lôbo, gera efusivas abordagens da matéria cível, num caráter bifocal onde, por um lado, há interesse dos publicistas (leia-se, constitucionalistas), mais preocupados com as questões de direito fundamental na órbita das relações entre particulares e, por outro, a abordagem civilista, mais preocupada com “(...) o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados”.¹⁴³

Em sentido complementar, Teresa Negreiros informa que a perspectiva civil-constitucional corrobora para a readequação axiológica do Direito Civil, na qual se promovem a complementações conceituais e lógicas,¹⁴⁴ a exemplo dos conceitos de inadimplemento/adimplemento, traçados segundo as premissas pontesianas do item anterior que continuam vívidas, mas devem ser temperadas com os valores e perspectivas interpretativas exigidas pela Constituição Federal, o que se percebe ser possível encarando esses institutos clássicos pela lente teórica de Couto e Silva ao enxergar a obrigação como um processo.

Dimensionando a constitucionalização do Direito Civil com o que se apresentou quanto às pontuações dos Fatos Jurídicos, tem-se o seguinte quadro pintado por Fachin, o qual explica que:

O caminho a percorrer é retomada e decolagem, uma viagem pedagógica pelo saber jurídico informado pelas premissas críticas e pelos novos perfis do Direito Civil. Conjugando a virada copernicana que recola papéis e funções do Código e da Constituição, reafirma a primazia da pessoa concreta, tomada em suas necessidades e aspirações, sobre a dimensão patrimonial, e sustenta, por

¹⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência positiva do direito**. 2ªed., vol.4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp.221-222.

¹⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e Direitos da Personalidade**. Revista Jurídica, ano 49, Porto Alegre: Notadez, pp. 08-22, n.284, jun. 2001, p. 09.

¹⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.56.

meio da repersonalização, a inegável oportunidade do debate permanente entre os espaços público e privado.¹⁴⁵

É desse ponto que o jurista viajante pela alameda das perturbações da relação obrigacional suscita os grandes questionamentos na trajetória entre os dois polos obrigacionais (adimplemento-inadimplemento), mais precisamente quanto às relações obrigacionais percebidas como um processo, o que posteriormente desembocará na visão das perturbações dessas relações.

3.3 DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL: A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO.

A obra clássica de Couto e Silva que empresta sua alma ao presente tópico e que bebe da fonte de Larenz, é leitura indispensável para todo pesquisador do direito que mergulha no conhecimento do campo obrigacional, quer seja em águas teóricas, quer seja em águas práticas, sabendo-se que a validade das lições do professor gaúcho se faz atual, apesar dos mais de cinquenta anos de sua concepção.

Chame-se atenção para outro dado: a tese esposada em “A obrigação como processo” tem como nota marcante o reconhecimento precursor do princípio da boa-fé objetiva voltado ao direito das obrigações em terras brasileiras, o que antecipou, em muitas décadas, a tendência hodierna do direito civil brasileiro de ter a boa-fé objetiva como paradigma negocial do Direito Civil.¹⁴⁶

O mais intrigante nessa antecipação é que ela se deu numa época em que as concepções liberais, tais como a relatividade obrigacional e boa-fé subjetiva eram reinantes, em absoluto, entre os membros da doutrina nacional. Os diálogos com princípios como o da boa-fé objetiva eram quase inimagináveis até então, conforme relatou-se em síntese no capítulo anterior. Veja-se, a título exemplificativo, que a doutrina clássica dominante acerca da relação obrigacional a definia como: “(...)relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ FACHIN, Luis Edson. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org). **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

¹⁴⁶ Prefácio de Almiro do Couto e Silva in COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p.09.

¹⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, v. IV, 1979, p. 8.

Destaque-se, de igual sorte, que a expressão “obrigação como processo” é alçada da ideia que prevê a relação jurídico-obrigacional como fruto de uma dinamicidade das fases de construção/conclusão obrigacional, que se ligam e interdependem, em busca de um fim perseguido pelos sujeitos da relação obrigacional,¹⁴⁸ através de um raciocínio processual indicado pelo sistema como busca de uma caminhada em direção a um fim.

Fernando Noronha, ao se debruçar sobre o tema do fim a ser perseguido numa obrigação, constata que ela:

(...) não tem por finalidade realizar unicamente uma finalidade individual, egoística, do credor; ao lado desta, qualquer obrigação, na medida em que é objeto de tutela jurídica, tem também uma finalidade social, porque toda norma jurídica visa “fins sociais” e atende “exigências do bem comum (...) Ora, se conjugarmos esses dois objetivos, individual e social, poderemos dizer que toda obrigação tem de satisfazer um interesse legítimo do credor.¹⁴⁹

Ademais, quanto ao que se enxerga da obrigação como processo, pode-se extrair das lições de Paulo Lôbo o seguinte:

A obrigação como processo movimenta-se na direção indicada por seu fim, que é a satisfação do crédito, pelo adimplemento ou outros modos de sua extinção. É ele que dá coerência e sentido ao conjunto de elementos que constituem a obrigação. Esta encerra seu ciclo, extinguindo-se, justamente quando seu fim é alcançado. O inadimplemento frustra seu fim, redirecionando o curso processual para obtê-lo de outro modo, ou compensar a demora, incorporando-lhe acessórios, como juros moratórios e cláusula penal. O próprio fim pode ser modificado, para satisfazer o credor, como na hipótese da impossibilidade da prestação imputável ao devedor, o que faz ressaltar sua natureza de processo.¹⁵⁰

Tal constatação se coaduna com perfeição à ideia de interpretação sistemática, apresentada no primeiro capítulo da dissertação para descrever o direito civil-constitucional.

Ademais – adaptando o pensamento de Couto e Silva ao adimplemento substancial como foco deste trabalho – tem-se que a base da polarização das obrigações, leia-se (in)adimplemento, em vista da interdependência de suas fases (nascimento, desenvolvimento e conclusão), seria o momento crítico suavizado pela boa-fé objetiva, que envolve e modifica a coloração dos quase petrificados institutos de direito obrigacional.

¹⁴⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, pp.20-21.

¹⁴⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 19-20.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

Esse entendimento é calcado na função da boa-fé objetiva que se manifesta como um agente propulsor do incremento do número de deveres que as partes passam a assumir, para além dos que foram expressamente previstos no pacto obrigacional.¹⁵¹

É justamente dessa imagem que brota, outrossim, a autonomia privada (ou como se prefere, o autorregramento da vontade)¹⁵², princípio geral tido como de natureza técnico-jurídica, onde aquele entendimento versado no individualismo liberal e que levantava a bandeira da dicotomia entre as esferas públicas e privadas, já não haveria de se sustentar, posta a possibilidade sistemática de limitar, regrado, a liberdade de vinculação.

Tal constatação, mais especificadamente quando voltada ao plano prático, onde reinam os contratos massificados em adesão – obrigam que o direito restrinja sua força eficaz, quando da conclusão do negócio jurídico – o que faz suavizar clássicos princípios como a *pacta sunt servanda* e relatividade das partes, calcados na força do elemento volitivo. Tal posição, aliás, encontra-se ainda mais forte com o Direito Civil-constitucional.

Ademais, analisando-se o “processo” na obrigação, Couto e Silva destaca que o vocábulo contém uma perspectiva “social”.¹⁵³ Na mesma linha, tem-se em Nelson Rosenvald que:

Hodiernamente, não mais prevalece o *status* formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para o adimplemento, da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais e da dignidade do credor e do devedor”.¹⁵⁴

O mais importante é que a obrigação vista como um processo informa, categoricamente, que existem deveres que, apesar de não deterem um conteúdo

¹⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.33.

¹⁵² Pontes de Miranda, ao tratar do uso da expressão auto-regramento da vontade ao invés de autonomia privada, explica que: “Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento da vontade de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, - o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fáctico dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito”. In MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol.4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 56.

¹⁵³ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p.63.

¹⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa fé*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 204.

patrimonial direto, podem superar o aspecto meramente formal pactuado no entabulamento negocial.

Nesses termos, a conclusão que se tira da obrigação como processo é que o princípio da boa-fé objetiva é fonte de exigência que força a consideração dos sujeitos obrigacionais a atuarem com reciprocidade. Ela modifica a rigidez de uma ordem obrigacional puramente voltada para a lógica do “ganha e perde”, transmutando-se para a lógica da “cooperação entre os figurantes”. Em outras palavras, “o princípio da boa-fé exige maior consideração aos partícipes do vínculo, às suas necessidades e interesses”.¹⁵⁵

Da utilização desse princípio constroem-se “novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação”.¹⁵⁶ Cooperação e perduração dos deveres de boa-fé objetiva, inclusive para além do término da obrigação, é a base da obrigação como processo. Destarte, pode-se compreender quanto aos deveres anexos que:

A sua concretização depende da verificação de pressupostos variáveis que, à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia. E não só o seu aparecimento: também o seu conteúdo interno, intensidade e duração dependem das circunstâncias atuais. De certo modo, pode-se dizer que existem, potencialmente, desde o início e são atualizados à medida que se vão verificando as situações que põem em perigo a consecução do interesse no contrato. Sua fixação, portanto, somente é possível em um determinado momento temporal e sua existência independe da hipótese de sua violação, extinguindo-se com seu cumprimento ou com sua superação através de uma alteração das circunstâncias que determinaram o seu surgimento, o que os torna sem objeto.¹⁵⁷

Destrinchando ainda mais perspectiva da obrigação como processo, tem-se que tais deveres – que podem ser chamados de anexos, colaterais, acessórios, complementares ou laterais – são, segundo Paulo Lôbo e Marcos Ehrardt Júnior, ladeados pelos “deveres gerais de conduta” que não se confundem com primeiros deveres anunciados. Nesses termos, segundo tais doutrinadores, a diferença entre as duas classes¹⁵⁸ seria que:

¹⁵⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p.169.

¹⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, 79.

¹⁵⁷ BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade Civil. Doutrinas Essenciais - Teoria Geral**. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 353 a 372.

¹⁵⁸ Ademais, cumpre salientar que, ao lado dessas duas classes – deveres anexos e deveres gerais de conduta – ainda existiria uma terceira, a dos deveres principais ou primários, que segundo Fernando Noronha são: “aqueles respeitantes às prestações nucleares da obrigação (e em especial daquela nascida do negócio jurídico). As prestações nucleares são aquelas que satisfazem diretamente o interesse do credor, ou, quando haja duas ou mais partes, os interesses de cada uma delas. Por isso os deveres principais são a razão de ser da própria relação obrigacional, que sem eles não existiria. In: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

(a) deveres acessórios, que designam obrigações desprovidas de autonomia, vez que só existem em função da relação obrigacional. Dentre eles podemos citar os decorrentes da noção de garantia, como a evicção e a responsabilidade pelos vícios redibitórios; (b) deveres gerais de conduta, autônomos em relação ao vínculo obrigacional, já que o antecedem e conformam sua formação, estabelecendo seus limites.¹⁵⁹

Assim, incluir-se-ia, em tal corrente, que o princípio da boa-fé objetiva estaria compreendido no grupo dos deveres gerais de conduta, mas não no grupo de deveres anexos, uma vez que:

A evolução do direito fez despontar deveres de conduta que se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter "caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento", referido por Larenz, que tanta influência exerceu e exerce na civilística brasileira. Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implicam a dos outros.¹⁶⁰

Todavia, é de grande importância ressaltar que a questão dos deveres gerais de conduta, como aqui colocada, não serve como substituto/rival doutrinário à perspectiva da obrigação como processo, mas sim como um produto da evolução/repaginação de tal medida. Neste sentido, é possível afirmar que:

A categoria dos “deveres gerais de conduta” não foi estruturada para retirar importância da evolução doutrinária que refinou a noção da obrigação como processo, um todo orgânico dividido em deveres principais, secundários e laterais. Apresenta-se, destarte, como mais um passo desse desenvolvimento doutrinário, transcendendo a relação jurídica obrigacional, com reflexos importantes no campo da responsabilidade civil (...).¹⁶¹

Nesse caso, a percepção da existência autônoma do “dever geral de conduta” enquanto categoria, ao que tudo indica, é fruto de uma ordem civil-constitucionalizada que apenas pôde desabrochar, em plenitude, no pós-Constituição Federal de 1988, por

¹⁵⁹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações de consumo**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

¹⁶¹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, n. 56, pp 141-155, 2012, p.141. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/33494/21036>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

força do amadurecimento histórico/social/econômico vivido pela democracia brasileira na contemporaneidade, capaz de potencializar a visão da obrigação como processo.

Por derradeiro, há de se ressaltar, em conclusão, que a boa-fé objetiva deve ser compreendida como uma espécie de complexo de deveres imprescindíveis ao bom desenvolvimento de toda e qualquer relação obrigacional vista como um processo.

Portanto, o primeiro elemento do complexo é o dever de proteção, diretamente ligado à ideia de que as partes relacionais de uma obrigação devem comportar-se a tal ponto que preservem o patrimônio material e imaterial, bem como a esfera moral correspondente ao valor dignidade que se infere de todo sujeito que se envolva numa relação obrigacional.

Quanto ao segundo elemento, o dever de esclarecimento ou informação, decorre da necessidade comportamental em que um agente obrigacional deve transmitir todo o material informativo útil ao bom andamento do pactuado, seja antes, durante ou depois da obrigação. Na seara consumerista, percebe-se esse dever na publicidade, quando apesar do estímulo voltado à necessidade de ampliar a demanda, através de uma oferta precisamente elaborada sobre o manto das técnicas de *marketing*, o anunciante é obrigado a transmitir informações (a) adequadas, (b) suficientes e (c) verídicas.¹⁶²

Quanto à (a) adequação, “diz com os meios de informação utilizados e com o respectivo conteúdo. Os meios devem ser compatíveis com o produto ou o serviço determinados e o consumidor destinatário típico”.¹⁶³ É caso de instruções de uso desenvolvidas em linguagem facilmente compreensível a um consumidor médio, alvo daquela informação.

Em relação à (b) suficiência, “relaciona-se com a completude e integralidade da informação. Antes do advento do direito do consumidor, ramo do direito privado que valorizou o desenvolvimento da concepção dos deveres laterais, era comum a omissão, a precariedade, a lacuna, quase sempre intencionais, relativamente a dados ou referências não vantajosas ao produto ou serviço”.¹⁶⁴ Como exemplo pode-se citar as bulas de

¹⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2216>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid.

remédio que omitiam a existência de efeitos colaterais já conhecidos pela comunidade científica.

Ademais, a (c) veracidade, seria “a informação correspondente às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos”.¹⁶⁵ De maneira ilustrativa, tem-se a supressão da informação indicando que determinado produto do gênero alimentício contém glúten ou gorduras Trans. Destaque-se que este último requisito, é de tão grande importância que foi alçado, em particular, como um dos princípios relevantes para este labor, como se verá mais adiante.

Por fim, tem-se o dever de lealdade é aquele que obriga “[...] as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”.¹⁶⁶

Quanto ao dever de lealdade traz-se como exemplo a questão de um prestador de serviço que é contratado para desenvolver um *software* para uma empresa e que, para codificar sua programação, acaba por receber informações privilegiadas de seu contratante. Ao fazer uso dessas informações, revelando-as para empresas concorrentes da primeira empresa que lhe contratou, vê-se, pois, uma inevitável ofensa ao dever de lealdade, corolário da boa-fé objetiva.

Em resumo, tem-se que “o princípio da boa-fé exige maior consideração aos partícipes do vínculo, às suas necessidades e interesses (...)”.¹⁶⁷ Como bem salienta Couto e Silva, tomando como préstimo as lições de Ruy Cirne Lima, é o todo social, a coletividade, os contratantes, as partes conexas à relação obrigacional que, em verdade, perfazem a lógica do fato jurídico, as formas se adaptam a eles, não o contrário.

Consigne-se, neste íterim – por uma questão de clareza – que se enxerga a obrigação como processo como uma alameda, nela existindo um caminhar para frente, avante, onde no marco inicial da trajetória conjectura-se a figura do inadimplemento absoluto e, no extremo oposto, a figura do adimplemento. No ponto médio, entre o inadimplemento absoluto e o adimplemento, estar-se-ia o início da mora (em suas três faces), a qual se estenderia no caminho até chegar às fronteiras do adimplemento.

¹⁶⁵ Ibid..

¹⁶⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 606.

¹⁶⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p.169.

Logo, entre o ponto médio da trajetória (início da região da mora) e o adimplemento – mais para esse do que para aquele – encontrar-se-ia a zona figurativa do adimplemento substancial. Assim, quanto mais próximo do adimplemento estiver o conteúdo da prestação, menor será a instabilidade e maior a tendência de se perceber o adimplemento substancial, conforme se verá oportunamente.

Ora, toda a alameda da perturbação das prestações obrigacionais a ser percorrida para decifrar a imagem do adimplemento substancial, objeto central desta pesquisa – ao bem da compreensão jurídica, saindo do campo abstrato e vindo para o plano da *praxe* – nada mais é do que uma tentativa heurística de impor graus de nivelamento classificatório da figura do inadimplemento absoluto ou, doutro ponto-de-vista, da figura do adimplemento, constatações imprescindíveis para a o desenvolvimento do próprio direito obrigacional na contemporaneidade.

Aqui é que se faz necessária a percepção dinâmica das obrigações, sendo desse arremate, também, que surgem Teorias que vislumbram possibilidades mais vívidas e, portanto, menos inflexíveis, das clássicas figuras obrigacionais, as quais deixam de ser categorias estanques e que passam a dialogar com a complexidade ínsita às nuances processuais da obrigação.

3.3.1 Da perturbação das relações obrigacionais

Ao se tratar da perturbação das relações obrigacionais, é necessário que se tenha em mente o desenvolvimento de uma incursão na alameda obrigacional, já referida nas linhas deste trabalho. Sendo assim, inicie-se, pois, pela figura do inadimplemento absoluto.

Quanto ao inadimplemento absoluto, primeiro elemento da perturbação da relação obrigacional – já analisado à luz da teoria pontesiana – como o próprio nome sugere, trata-se de uma situação onde o planejamento prestacional não pode ser cumprido diante de uma impossibilidade objetiva de sua realização, quer seja no campo circunstancial externo à relação obrigacional, quer seja no campo funcional do interesse do credor que

já não recepciona e nem pressupõe poder recepcionar tal adimplemento como uma possibilidade útil a sua esfera patrimonial.¹⁶⁸

É sistematicamente preclaro que o remédio jurídico para a neutralização dos efeitos do inadimplemento absoluto é a resolução do contrato, a qual expurga, do mundo jurídico, a obrigação previamente estabelecida, ensejando ao sujeito da relação obrigacional a tentativa de se devolver seu *status quo ante*.

Quanto à mora ou inadimplemento relativo, é tida como um estado, ainda instável, de inadimplemento, através do qual sua transitoriedade impõe ao devedor a possibilidade de cumprimento do programa prestacional – inobstante o prejuízo/deterioração do planejamento inicialmente posto – implicando-se em providências reparatórias frente à quebra do conteúdo obrigacional previamente pactuado. Neste talante, a resolução do contrato, por inadimplemento relativo, não se faz necessária, dada a possibilidade e, sobretudo, o interesse do credor, pela sua purgação, transmutando-a para a figura do adimplemento total. Se necessário for a resolução, essa seria movida pela presença do inadimplemento absoluto.

Problema que serve para o estudo da mora – situação de atraso prestacional que resulta no inadimplemento relativo – é o fato de que o Código Civil brasileiro, em sua busca expansiva, ter dilatado as bases de hipótese de incidência desse clássico elemento obrigacional para reconhecê-lo em três momentos: tempo, lugar e forma, exegese do art.394 da referida codificação.

Não se desconhecendo, nestas linhas, a crítica feita à ampliação legislativa que desnaturou a mora, por não identificar a temporalidade como o único elemento central capaz de promover a sua caracterização,¹⁶⁹ não se considera, contudo, uma discussão frutífera para efeitos práticos.

Portanto, fica, desde já, consignado que esse alargamento legislativo, já presente no Código Civil 1916 e que abarcou outros elementos caracterizadores da mora, permitiu, em partes, a superação dos problemas que a doutrina, na figura de Staub, enfrentou na

¹⁶⁸ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2011.178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p.136.

¹⁶⁹ CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**. Curitiba: Juruá, 2012, pp.140- 141.

Alemanha,¹⁷⁰ por não haver referência no BGB ao lugar e ao modo atrelados à mora, resultando na criação teórica da “violação positiva do contrato”.¹⁷¹

É certo que tal entendimento às violações positivas foi imprescindível na Alemanha, posto viabilizar a superação do problema no Código Civil Alemão, o qual não servia para resolver os casos de violações obrigacionais atreladas a uma ação prestacional positiva/comissiva defeituosa – é claro – bem como parte da Teoria da quebra antecipada do contrato, melhor trabalhada no próximo capítulo.

Ocorre que essa criação germânica, amplamente difundida entre os privatistas brasileiros, não possui um significado emblemático como o tem em sua terra natal, apesar de compreender que sua importação agrega uma razão de ser justificadora de seu estudo quando o tema é a mora e suas possibilidades fenomênicas no Brasil, mais precisamente nas linhas dos deveres laterais ou anexos, que perde sua relevância precípua quando do aperfeiçoamento dos estudos acerca dos deveres gerais de conduta abarcados na boa-fé objetiva.

Em outras palavras, o principal problema alemão não existe no Brasil, tendo em vista a acertada expansão local do conceito de mora¹⁷² em seu viés tridimensional – tempo, modo, espaço – o que já engloba, sobretudo em relação ao “modo”, o que sobrou dos deveres laterais, após desenvolvimento teórico dos deveres gerais de conduta.

De funcionalidade restou, para a teoria da violação positiva do contrato brasileira, apenas a questão da análise da Teoria da quebra antecipada do contrato diante da projeção futura da falha do credor em cumprir com o débito, ponto de grande importância ao guardar afinidade com a Teoria do adimplemento substancial, dada a presença da boa-fé objetiva em ambas Doutrinas.

Exposta, em linhas gerais, a região obrigacional das perturbações da prestação, pergunta-se: como e onde se encontra a figura do adimplemento substancial habitante dos confins da perturbação da relação obrigacional?

¹⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 594-602.

¹⁷¹ Por uma questão de organização do trabalho, tem-se como preferência analisar a única questão aproveitável da violação positiva do contrato no próximo capítulo, quando colocar-se-á uma partícula dessa Teoria, qual seja, a Teoria da Quebra Antecipada do Contrato, como ponto correlato/afim da Teoria do Adimplemento Substancial. Desta forma, apenas, a menção por força da exposição do que se compreende por mora (=atraso).

¹⁷² Em oposição a esse avanço vide: CATALAN, Marcos Jorge. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

De maneira preliminar, é possível concluir que o adimplemento substancial está contido, segundo dito linhas atrás, numa terceira classificação dentro da perspectiva da perturbação das prestações obrigacionais, ou numa quarta categoria, se incluir o adimplemento (total) no conjunto dos marcos indicadores da perturbação obrigacional.

Problema é saber onde, ou melhor, como, exatamente, encontra-se tal elemento dentro da perspectiva da obrigação como processo, na linha da acepção doutrinária de Couto e Silva. Inicie-se, contudo, tal investigação pontuando a questão da culpa no âmbito da perturbação das prestações obrigacionais, tal elemento será de grande valia para enquadrar o olhar que se deve ter acerca do inadimplemento (em sentido amplo).

3.4 A CULPA E O INADIMPLEMENTO (EM SENTIDO AMPLO)

Ponto instigante quanto ao inadimplemento (em sentido amplo) é o fato de saber se à sua estrutura é imprescindível à presença da culpa.

Para Marcos Mello, no que toca a questão da mora (ou inadimplemento relativo) “a culpa pode ser irrelevante, uma vez que se dá de pleno direito pelo inadimplemento, em seu termo, de obrigação líquida, embora não ocorra se não há fato ou omissão imposta ao devedor”.¹⁷³

Sobre esse aspecto, mais detidamente em relação à mora, explica Pontes de Miranda ao trazer o assunto para o âmbito do Código Civil de 1916 que:

A tradição do direito brasileiro – e, falando de direito brasileiro, necessariamente temos de abstrair dos doutrinadores que estavam mais preocupados com a letra da lei dos outros países do que com as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 53, §3, e o Código Civil – é no sentido que só a respeito de impossibilitação se aludir a culpa e não-culpa. A mora nada tem com isso.¹⁷⁴

Para Pontes de Miranda, a confusão que se faz ao colocar a culpa no âmbito da mora parece provir da mesma confusão que se faz entre a mora (matéria pertinente à responsabilidade pelo inadimplemento) e a impossibilidade da prestação do devedor quando o produto prestacional da obrigação se deteriora por culpa do próprio devedor (matéria pertinente à responsabilidade pelo ato lesivo à prestação).

¹⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249.

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.7.

No primeiro caso, pela via objetiva, abstrai-se a culpa, chegando-se ao ilícito relativo, enquanto no segundo caso, o ilícito relativo exsurge da análise propriamente dita da culpa do devedor na deterioração da prestação.

Pontes de Miranda conclui o enfrentamento da discussão em comentário, identificando que esse problema foi importado da doutrina estrangeira e nunca teve verdadeira guarida ao longo da história do direito civil luso-brasileira. Nesse particular:

O intérprete não pode importar discussões da doutrina estrangeira. Tem de primeiro ler, atentamente a lei brasileira. O que lhe pode interessar, na doutrina dos outros sistemas jurídicos, é a precisão de algum conceito, a revelação histórica de algum erro, os resultados da investigação lógico-científica e, ocasionalmente, a contribuição da pesquisa e da discussão em torno de algum texto que coincide com o texto indígena.¹⁷⁵

Por caminho complementar, Marcos Catalan, amparado no perfil obrigacional formatado pela boa-fé em sentido objetivo e parametrizado como padrão de conduta a ser seguida pelos sujeitos da relação obrigacional, indica que:

[...] Se o princípio da boa-fé, enquanto parâmetro de conduta que informa o complexo orgânico obrigacional, impõe a ambas as partes deveres laterais como a lealdade, a cooperação, e a correção no comportamento, cuja análise é aferida mediante critérios objetivos, é evidente que a perquirição do elemento subjetivo resta prejudicado. Neste contexto, enquanto consequência dos negócios jurídicos, patentes a esperança do credor em receber seu crédito e o interesse da sociedade em promover a circulação de riquezas, sendo que a conduta do devedor deve ser de rigorosa colaboração em busca da satisfação de tais expectativa.¹⁷⁶

Ademais, diz Catalan que o problema da identificação do inadimplemento relativo com a culpa é, em grande medida, decorrente de uma falha terminológica a qual coloca que “a ideia de culpa defendida pela doutrina está na violação do dever jurídico criado pela vontade das partes, e não na infração ao necessário dever de diligência”.¹⁷⁷

Nesses termos, para rebater o entendimento que alinha mora e culpa, o qual possui apoio de uma parcela considerável da doutrina brasileira,^{178 179} com base na análise de Marcos Catalan, traz-se à colação o exemplo do pai de família que assume uma dívida, contando com o seu salário para saldá-la e que, logo em seguida, é demitido, não restando a ele qualquer reserva para honrar com o contratado.

¹⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.7.

¹⁷⁶ CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 150.

¹⁷⁷ Id.. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹⁷⁸ Vide RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 502.

¹⁷⁹ Vide AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: RT, 2000, p. 237.

É evidente que o ilustrativo inadimplemento não é, em absoluto, culpa do devedor, ainda que objetivamente falando ele tenha que suportar toda a carga da imputação que dará subsídio à responsabilidade negocial, incluindo-se, aqui, perdas e danos, juros e correção monetária.¹⁸⁰

Conclui-se que a revelação para efeito da incidência de mora é o ilícito relativo, que independe da culpa. Catalan, acerca desse entendimento, diz que:

[...] o que há de ser relevado para efeitos da incidência de mora é a antijuridicidade nascida do incumprimento, vista esta como ofensa à lei pactuada entre as partes, desde que não haja um fator externo a justificar a impontualidade no caso da mora, ou ainda, a violação positiva no caso de cumprimento parcial da obrigação ou o adimplemento em local diverso do ajustado.¹⁸¹

Note-se, ademais, que as conclusões pertinentes à mora quanto à presença ou ausência da culpa, também estão presentes na questão do inadimplemento absoluto e do adimplemento substancial.

Apregoada a construção do que fora proposto para o vertente capítulo, finaliza-o, pois, investigando mais detidamente a mora ou o inadimplemento relativo, como um meio termo entre os extremos delimitadores (inadimplemento absoluto e adimplemento total) da perturbação das relações obrigacionais, diferenciando-a do inadimplemento relativo.

3.5 DO INADIMPLEMENTO RELATIVO: APROFUNDAMENTO E POSSÍVEL DIÁLOGO COM O INADIMPLEMENTO ABSOLUTO

De início, impõe consignar que se o devedor cair em mora (no sentido de atraso), acaso sua falha seja inviável à aceitação do que deveria ter sido prestado em perfeição com o programa obrigacional, perfaz-se o absoluto inadimplemento, posto ficar a mora (no sentido de inadimplemento relativo) impurgável por perda do interesse do credor, face à inutilidade da prestação, nos termos do art.394, do Código Civil,¹⁸² dando azo à medida extrema da resolução do contrato.

¹⁸⁰ CATALAN, Marcos Jorge. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹⁸¹ CATALAN, Marcos Jorge. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹⁸² Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Quanto à dita viabilidade da aceitação da purgação da mora como inadimplemento relativo, seu reconhecimento se produz através de um indicativo objetivo: o interesse do credor. Contudo, há de se chamar atenção para o fato de que a regra é, conforme a doutrina pontesiana, “[...] não perder o interesse a prestação, por atraso do devedor”.¹⁸³ Tal apontamento no sentido de conservação da obrigação é ponto fulcral na manutenção da segurança negocial que se presume existir mesmo diante da quebra, ainda que momentânea, do avençado.

Em outras palavras, a economicidade de uma pactuação obrigacional implica, também, na própria manutenção de uma expectativa transacional a qual alude à conservação da sociabilidade do tráfico jurídico. Ora, por mais que o vínculo obrigacional esteja focado em um conteúdo programático quase que cronometrado, o mundo dos fatos, não raro, é alheio a essa perfeição.

Assinale-se, portanto, que referida argumentação não é alinhada à ideia paternalista que chega a consagrar o devedor como um infeliz hipossuficiente a quem o direito obrigacional deve servir como se convém a um senhoril. Pelo contrário, seus deveres e/ou responsabilidades não são alheios ao firmamento obrigacional, assim como não o são os do credor. O caminho do equilíbrio e do bom-senso é o imperativo da ordem civil-constitucional.

O que se quer dizer com isso é que, pelo deleite do egoísmo do credor ou do devedor, a obrigação não pode ficar refém. Esse é o verdadeiro sentido de uma obrigação constitucionalizada: buscar o equilíbrio entre os polos obrigacionais, sem eleger, de antemão, um privilegiado.

Portanto, são as circunstâncias do caso concreto que permitirão saber se a mora (no sentido de inadimplemento relativo), pode ser elidida ou estabilizada como inadimplemento, em termos absolutos, em que pese ser um direito que assiste ao credor prejudicado optar pelo caminho processual que melhor lhe convier (busca pelo adimplemento ou pela resolução da avença), cabendo ao inadimplente se proteger de eventual posição deletéria atentatória da boa-fé objetiva na relação obrigacional.

Corroborando para esse entendimento, tem-se em Ruy Rosado que:

A escolha entre a ação de adimplemento e a de resolução está no âmbito da livre determinação do credor não-inadimplente, descabendo ao devedor força-

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v.26. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 9.

lo em um ou outro sentido. A ação de resolução não tem caráter de subsidiariedade, como se somente pudesse ser proposta no caso de inviabilizada a ação de adimplemento.¹⁸⁴

Essa inteligência encontra-se verdadeiramente coligada com o fato de que no campo da busca pela resolução, o credor sustenta a posição de potestade, tendo em vista ser detentor de um direito formativo que é definido como sendo aquele no qual:

[...] representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder.¹⁸⁵

Trazendo a questão do direito formativo no campo do direito resolutório, nos termos do art. 475 do Código Civil, é possível constatar – ao menos de maneira rápida – que não há, no sistema civil brasileiro, qualquer ressalva para o exercício da resolução do contrato por força de inadimplemento, independente da análise de perda, ou não, de interesse do credor na prestação, bastando a lesão, por advento de atraso ou incumprimento (tempo, lugar ou forma) e logo se mostra admissível a resolução por via judicial.

Essa parece ter sido a posição assumida por Pontes de Miranda¹⁸⁶ na vigência do artigo 956, parágrafo único, do Código Civil de 1916, equivalente ao art. 475 do Código Civil e que, segundo Araken de Assis, encontra-se equivocada, tendo em vista que “ela debela ações caprichosas, contrárias à lógica e à economia do programa contratual”, posto não respeitar exercício mais criterioso do poder resolutório precedido da perda do interesse na obrigação.¹⁸⁷

Assim, Araken de Assis parece não aceitar, *prima facie*, qualquer tentativa do credor em buscar a tutela estatal para resolver uma obrigação, a menos que haja um não cumprimento, em definitivo (absoluto), pela perda total do interesse do credor frente à prestação, o que resultaria na própria inutilidade prestacional. Assim explica:

Sendo inútil ou de escassa utilidade o cumprimento serôdio, em vista de tais motivos, admite-se a rejeição do credor, e o inadimplemento, de relativo, passa

¹⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 192.

¹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 122.

¹⁸⁶ Vide *in* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.23.

¹⁸⁷ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ªEd. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 125.

a absoluto. Enquanto mora, o descumprimento do obrigado não implica o florescimento do direito à resolução do contrato bilateral.¹⁸⁸

Em verdade, o contexto do direito formativo à resolução, segundo Araken de Assis, deve ser encarado com parcimônia, não podendo ir de encontro à própria lógica obrigacional que busca no interesse¹⁸⁹ creditório um dos elementos para o estabelecimento da própria relação obrigacional. Ademais, conforme o próprio Pontes de Miranda afirmou, ao demonstrar uma face mais branda de sua posição: “[...] o credor não pode recusar a prestação se o que lhe falta é mínimo e não diminui o valor do que se lhe quer entregar, ou se nada se opõe a que a receba”.¹⁹⁰

Depreende-se pelas linhas desta dissertação que a coerência da potestade dos direitos formativos é, sobretudo, em tempos de concretização do princípio da boa-fé objetiva, algo relativizado, no sentido de melhor acolher a orientação do sistema civil-constitucional aberto e conformado pelas cláusulas gerais e pelos princípios (re)novadores da civilística. Já não é possível vincular-se ao posicionamento inflexível e que eleva todo e qualquer ato obrigacional a categorias extremistas, num ponto de vista que conduza ao raciocínio automático que propugna que em caso de atraso, a consequência automática seria a resolução.

Dessa feita, prefere-se, para as linhas deste trabalho, uma posição intermediária entre o que pensa um e outro jurista, tendo em vista que se de fato, *a priori*, Pontes de Miranda tem razão em não admitir limitação para o direito de ajuizar a demanda resolutória, por outro, é certo que essa demanda, nas linhas descritas por Araken de Assis, não deve prosperar em havendo uma situação de inadimplemento cujo interesse creditório, objetivamente analisado, não tenha motivos suficientes de ter se esvaído, a ponto de justificar a resolução da obrigação.

Ou seja, o melhor caminho é admitir a ação resolutória para confirmar a plausibilidade da perda do interesse do credor por força da inutilidade da prestação. Assim, após admitida a ação, somente num segundo momento processual é que se

¹⁸⁸ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ªEd. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 125.

¹⁸⁹ Quando das balizas da Teoria do adimplemento substancial, a questão do “interesse” será melhor analisada.

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.9.

analisaria se a presunção de perda do interesse creditório corresponderia, de fato, com a realidade obrigacional em que recairia os efeitos resolutórios.¹⁹¹

A celeuma parece melhor resolvida no campo processual, se compreender que cabe à parte devedora, a quem deva suportar a pretensão resolutória, o ônus argumentativo e probatório de alegar o não perfazimento do inadimplemento (absoluto) por perda de interesse do credor.

Ademais, consigne-se que, pelo fato do inadimplemento relativo ser uma figura transitória dentro da alameda da perturbação da relação obrigacional, a consequência da alegação de inexistência do inadimplemento absoluto resulta, automaticamente, na possibilidade de se converter o direito de resolução do contrato na possibilidade de se fazer cumprir o avençado em toda a sua extensão, milimetricamente calculada e se legítima for – sem prejuízo de perdas e danos – através de medidas coercitivas.

Portanto, de uma forma ou de outra, o inadimplemento relativo tende à extinção, ou melhor ainda, tende à estabilização, transmutando-se em inadimplemento total ou em inadimplemento absoluto ou substancial, essa última figura melhor compreendida no próximo capítulo.

¹⁹¹ Ao que parece, a posição radical de Pontes de Miranda ensejaria a compreensão que em qualquer caso de mora no sentido de inadimplemento relativo), por mais insignificante que fosse, quando levado ao edifício da ação resolutória, ensejaria uma necessária presunção absoluta de que houve, no caso concreto, a perda do interesse do credor por inutilidade da prestação. Já para Araken de Assis, essa presunção é relativa, deve ser constatada pelo Julgador no caso concreto.

4 DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: VISÕES INTERNAS E EXTERNAS

Situadas as bases da perturbação das relações obrigacionais, é chegada a hora de se adentrar no campo da análise do adimplemento substancial, espécie obrigacional foco deste trabalho e que parece cumprir o papel de terceiro gênero de inadimplemento - ao lado do inadimplemento absoluto e do relativo - na alameda obrigacional descrita no capítulo anterior.

Dividir-se-á o presente capítulo em duas partes.

Na primeira contemplar-se-á a perspectiva interna do adimplemento substancial, principalmente buscando descrever sua presença dentro da alameda da perturbação das relações obrigacionais.

Já na segunda parte deste capítulo, descrever-se-á como o adimplemento substancial se comporta dentro da *praxe*, onde de fato serve de instrumento teórico para a preservação da relação obrigacional como uma projeção jurídica dotada de equilíbrio e vocação para a boa-fé objetiva, como imperativo de uma ordem socioeconômica alinhada com os anseios do Direito Civil-constitucional.

Antes, contudo, chame-se atenção para um dado bastante importante neste capítulo. Sua segunda parte, visão externa do adimplemento substancial, em que pese tocar as raias da Teoria no campo processual-formal, não é, em absoluto, matéria de ordem processual, ainda que com a questão processual guarde grande afinidade, conforme se verá.

4.1 LINHAS GERAIS DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

É de bom tom que se inicie o enfrentamento do tema adimplemento substancial pelo que se encontra enunciado no art. 475, do Código Civil, que diz: “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”.

É na primeira parte desse dispositivo que a teoria do adimplemento substancial incide para encobrir/mitigar a força da possibilidade resolutória do contrato quando da ocorrência de um quase adimplemento total da obrigação.

Conforme leciona Araken de Assis acerca do referido artigo e tomando como préstimo as lições de Pontes de Miranda, deve haver “a iniciativa do lesado à obtenção de sentença desconstitutiva”.¹⁹²

Em outras palavras, o art.475 do Código Civil refere-se à tomada de postura por parte do sujeito contratual prejudicado que busca arrefecer seus prejuízos com base na ação coercitiva estatal, a qual, pela via de seu braço judicial, destrói a relação contratual para devolver às partes a posição de equilíbrio idêntica (ou semelhante) ao momento anterior à celebração da avença (*status quo ante*).

Comentando acerca da manifestação contemporânea, Jones Figueiredo Alves indica que o adimplemento substancial (ou *substancial performance* – como alguns preferem chamar) seria compreendido como sendo: “um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento, vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé”.¹⁹³

Assim, percebe-se que o conceito do adimplemento substancial leva em conta a máxima aproximação do resultado final do conteúdo programático de um contrato, o que o torna um quase adimplemento. Tal perspectiva remonta à necessidade de visualizar a obrigação como algo dinâmico e alinhado com a flexibilização dos institutos obrigacionais, exatamente nos termos da obrigação como processo expostos no capítulo anterior.

Assim, Anelise Becker, uma das precursoras do estudo do adimplemento substancial no Brasil, define que:

A doutrina da *substancial performance* pretende a proteção e auxílio daqueles que leal e honestamente esforçam-se em executar seus contratos em todos os particulares materiais e substanciais, de modo que seu direito à compensação não deva ser perdido em razão de meros defeitos ou omissões técnicas, inadvertidas ou não importantes.¹⁹⁴

¹⁹² ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 131.

¹⁹³ ALVES, Jonas Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz et ALVES, Jones Figueiredo (Coordenadores). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 408.

¹⁹⁴ BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.73.

Trazendo esta visão para a perspectiva civil constitucional, na linha do que Anderson Schreiber propala, pode-se dizer que o adimplemento substancial indica que:

[...] se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor.¹⁹⁵

Assim, em geral, tem-se que a Teoria do adimplemento substancial é a construção doutrinária que imputa graus distintos de inadimplemento e, ao se deparar com situações extremas onde se constata a tentativa de resolução da obrigação e a insignificância do que se reputou como inadimplemento, impede-se tal pretensão resolutória para preservar a boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, vistas como verdadeiros processos cujo fim natural é o próprio adimplemento.

Por conseguinte, pelo que se pode depreender, parece existir uma espécie de formatação uníssona do desenvolvimento dessa teoria no Brasil, o que gira em torno de uma necessidade de reputar à conduta das partes uma dimensão atrelada ao desenvolvimento obrigacional com base na boa-fé objetiva e na obrigação como processo, não havendo, ainda, correntes divergentes e bem estabelecidas na doutrina nacional acerca do tema ora analisado.

Contudo, algo já de divergente parece brotar quanto ao seu reconhecimento de incidência frente à possibilidade de previsão, ou não, de cláusula resolutiva expressa no negócio jurídico que dê origem à determinada avença obrigacional.

4.1.1 Cláusula resolutiva e adimplemento substancial

De início, é de se salientar que a resolução é o modo não voluntário de se dissolver um contrato por força de inadimplemento. Daí é que se tem que a cláusula resolutiva é a pactuação dentro do negócio jurídico que prevê, expressamente, as condições resolutivas de perfazimento de inadimplemento nas quais, se concretizados na forma prevista, podem supostamente gerar o desfazimento da avença negocial, sem a participação, sequer, do poder judiciário, dando-se de pleno direito.

¹⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Belo Horizonte: Forum, v. 32, p. 3-27, 2007. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf>. Acesso em: 16 set 2017.

Da leitura do art. 121 e 128 do Código Civil, a condição resolutiva é tratada como um evento futuro e incerto no qual, sendo concretizada, extingue os efeitos prelecionados no pacto obrigacional. Nesses termos, tem-se que:

Os pressupostos básicos para a atuação da cláusula resolutiva expressa são semelhantes aos da resolução de maneira geral, é dizer: inexecução do devedor, decisão pela via resolutiva, condição de não inadimplência do titular do direito resolutivo – ou, em outros termos, legitimidade resolutiva. Porém, como se está aqui no campo da autonomia negocial, as partes podem, em regra, ajustar outros pressupostos – observados os limites impostos pelos princípios contratuais, dos quais releva o da boa-fé, e pela ordem pública. A inexecução deve ser aquela valorada e prevista pelas partes como suficientemente grave para fazer extinguir a relação contratual. Quer-se dizer que a cláusula não pode ser genérica. Ela deve fazer referência a um determinado tipo de obrigação que os contratantes reputem essencial, deve ser precisa.¹⁹⁶

Apresenta-se, também, nos termos da cláusula 474 do Código Civil que “a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.” Para Araken de Assis, a única exegese que se pode compreender da leitura conjugada do art. 474 do Código Civil pátrio é a que afirma a operabilidade de pleno direito da cláusula resolutiva expressa. Compreende-se essa posição do doutrinador, contudo, há de se discordar dela. Explica-se.

Araken de Assis, quanto ao referido artigo e as possibilidades do adimplemento substancial, é categórico ao dizer que: “pondera-se, em primeiro lugar, a existência de condição tácita, portanto indesejada e imprevista na manifestação originária de vontade das partes, e, assim, a hipotética superveniência do evento resolutivo implicaria o crivo judicial para contrabalançar abusos”.¹⁹⁷

Em esclarecimento, segundo Araken de Assis, é condição *sine qua non* que se perceba, quando da incidência do artigo 475 do Código Civil, que a cláusula resolutiva do contrato seja tácita. É como se as partes, obviamente que em igualdade de condições, ao preverem a cláusula resolutiva de maneira expressa, declarassem que abririam mão da alegação da Teoria do adimplemento substancial.

A priori, de fato, havendo previsão de cláusula resolutória expressa, não há que se falar em participação do Judiciário no evento resolutório contratual, mormente quando se trata de relação paritária. Contudo, eventual falta de reconhecimento do

¹⁹⁶ GARCIA, Rebeca. Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, v. 40, n. 131, 2013. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 16 set. 2017.

¹⁹⁷ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 131.

inadimplemento de insignificante importância, a *posteriori*, deverão ser resolvidos com base na Teoria do adimplemento substancial.

Em interessante ensaio acerca da questão da necessidade de interferência, ou não, quanto à questão da plena eficácia da cláusula resolutiva expressa, Aline Valverde Terra constata três correntes jurisprudenciais acerca da temática, quais sejam:

i) decisões que reconhecem a plena eficácia da cláusula resolutiva expressa e admitem a resolução extrajudicial, a exigir apenas a comunicação ao devedor da opção feita pelo credor; ii) decisões que, embora reconheçam a possibilidade de resolução extrajudicial, exigem prévia notificação para constituição do devedor em mora, ainda que se trate de mora *ex re*; iii) decisões que não admitem a resolução extrajudicial, e propugnam a necessidade de intervenção do Judiciário, seja para verificar a efetiva ocorrência do fato ensejador da resolução – incumprimento definitivo –, seja para verificar a validade da própria cláusula resolutiva.¹⁹⁸

Quanto às decisões do item i, não existem maiores problemas, já que corroboram com o que ora se defende. Quanto às decisões do item ii, por permear relações jurídicas assimétricas ou potencialmente teratológicas, neste particular, deve ser bem recebida posto tocar em questões socioeconômicas sensíveis tais como o *leasing*, a alienação fiduciária de bens móveis e contratos de seguros, mormente em casos de relações consumeiristas. Por fim, o último grupo de decisões, o qual vai de encontro à retidão sistemática calcada na boa-fé objetiva e na função social do contrato, chega mesmo a desvirtuar a organização do ordenamento civil-constitucional vez que desconsidera o efetivo dever da Justiça de preservar, em situações paritárias (repise-se, mais uma vez por dever de clareza), a vontade dos contratantes.

Dessa forma, alinha-se à perspectiva de Aline Valverde Terra, a qual faz constar importante alerta, qual seja:

Há, portanto, que se interromper a questionável prática judicial no sentido de judicializar o que é insindicação e desconsiderar a autonomia privada, preterindo a disciplina traçada pelas partes – com os devidos abrandamentos legalmente impostos em casos especiais, conforme apontado. A presença da referida cláusula resulta de escolha prévia das partes quanto aos mecanismos de tutela de que disporá o credor em caso de incumprimento definitivo, a restringir a possibilidade de o juiz reavaliar tal escolha. Sempre será permitido ao magistrado analisar o merecimento de tutela da cláusula redigida pelos contratantes, mas é preciso cuidar para que, ao fazê-lo, não se substitua à vontade inicial das partes, alterando a disciplina contratual e, conseqüentemente, o próprio equilíbrio do contrato, uma vez que a presença

¹⁹⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 27/02/2018.

da cláusula resulta de complexa equação que envolve distribuição dos riscos contratuais e cláusulas econômicas.¹⁹⁹

Todavia, é verdade que não há, *grosso modo*, em solo brasileiro, possibilidade de se afastar do judiciário qualquer discussão que à sua luz seja levada. Mesmo para aqueles adeptos do voluntarismo, é incontestável a inafastabilidade da jurisdição em relação aos casos postos à luz do Poder Judiciário. Veja-se, inclusive, que o art. 5º, inc. XXXV da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Noutro diapasão, lógica semelhante à utilizada para a questão da cláusula resolutiva tácita, quando da resolução contratual, também pode servir de parâmetro para a problemática da garantia dada ao negócio jurídico celebrado. Se a parte inadimplente, ao celebrar a avença, ofertou voluntariamente algum bem em garantia, existe prévia aceitação de eventual levantamento da garantia em caso de inadimplemento.

Contudo, cumpre razão à Chueiri, ao afirmar, quanto à incidência da Teoria do adimplemento substancial nesses casos que: “o que poderá ocorrer é incidir no contrato ao qual a garantia se vincula, evitando sua resolução, de forma que não sejam necessárias restituições recíprocas para retornar o *status* anterior, o que poderá minorar os prejuízos potencialmente surgidos da resolução”.²⁰⁰

Reforça-se que a incidência da Teoria do adimplemento substancial em casos tais, desperta uma carga argumentativa mais forte, tendo em vista que a sua incidência alcançará o plano processual por via de uma ação ordinária e dirigida ao juízo com o fito de flexibilizar aspectos do sistema jurídico material que gozam de certa estabilidade, a exemplo da garantia contratual ou da cláusula resolutiva expressa.

Em outras palavras, o credor que esteja diante de verdadeira situação de adimplemento substancial deve arcar com o ônus de ter que responder judicialmente pelo exercício desproporcional e ilegítimo de ter optado pela resolução contratual por via de cláusula resolutória expressa. Assim, existiria para o devedor adimplente em substancialidade uma tutela judicial de desfazimento da medida resolutória cumulada com perdas e danos por quebra indevida do contrato.

¹⁹⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 27/02/2018.

²⁰⁰ CHUEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.96.

De tal modo, cumpre frisar que a revelação da incidência da Teoria do adimplemento substancial pressupõe flexibilização da figura da mora e, por conseguinte, do próprio inadimplemento, permitindo que devedores que cumpriram com a parte substancial do programa obrigacional sejam encarados, no plano da resolução do contrato, de maneira mais branda do que aqueles que inadimpliram significativamente com a obrigação pactuada.

Porém, a leitura desavisada do adimplemento substancial deve ser evitada. É que tratar o devedor com equilíbrio e justiça, dado seu histórico no âmbito do cumprimento de parte significativa do cronograma obrigacional, protegendo-o de eventual resolutória do credor, não é o mesmo que deixá-lo blindado dos efeitos da busca indenizatória. Isso seria economicamente inviável, juridicamente contraproducente e, acima de tudo, criaria um privilégio que não condiz com a realidade do Direito Civil-constitucional propugnada pela boa-fé objetiva.

No entanto, questionamento que se deve fazer, sempre, é como o devedor pode escudar-se da resolução de uma relação contratual, levada em juízo, por força do que se interpreta do art. 475 do Código Civil ou, doutra forma, como o credor, mesmo diante dessa defesa do devedor, pode sair do processo sem maior prejuízo, ainda que ínfimo, mas que mesmo assim tivera que suportar ao não receber todos os frutos do adimplemento que lhe fora prometido. Tais embates são tipicamente de análise externa, algo muito pouco realizado pelos pesquisadores brasileiros que já enfrentaram o tema do adimplemento substancial, frisa-se.

Doravante se verão essas e outras questões, contudo, por ser tema de grande relevância para o deslinde do presente trabalho, é de bom alvitre traçar as linhas gerais do que seria o adimplemento substancial como um processo obrigacional com aspectos internos e externos, conforme se verá.

4.2 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA VISÃO INTERNA DA OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO: TEMPO, LUGAR E FORMA

É sabido que o adimplemento substancial²⁰¹ originou-se no *Common Law* britânico, em meados do século XVIII, com o caso *Boone versus Eyre* no qual analisou-se a distinção entre *condition* e *warranty*.²⁰²

Para uma melhor visão do caso, buscou-se no ementário da *University of Northern British Columbia* o esforço para melhor explicar o emblemático caso. Inicialmente, do que se extrai da leitura, ficou consignado que o precedente *Boone versus Eyre*, foi paradigmático por várias razões. A primeira dessas razões foi pelo fato de ser um precedente talhado por Lord Mansfield, um dos pais liberalizadores do Direito Anglo-Saxão, ainda que ele possuísse algumas contradições em relação a sua postura ideológica.

Diz que Lord Mansfield fora um dos precursores ao levantar a bandeira contra o regime escravocrata na Inglaterra (no caso *Somerset v. Stewart*) em que pese fechar os olhos para tal regime nas colônias britânicas, como no caso ora desenhado. Outra razão é que esse caso repercute até os dias atuais no direito contratual inglês por ser um marco evolutivo do direito contratual britânico.²⁰³

²⁰¹ Importante ressaltar, em esforço introdutório, por uma questão de estabelecimento de pacto semântico aqui adotar-se-á a terminologia “adimplemento substancial” para fazer menção ao objeto principal da análise do presente artigo, por três motivos: a) A “adimplemento substancial”, para além da compreensão do instituto do “adimplemento”, primeira parte do fenômeno, também compreende a necessidade da análise do que seria o “inadimplemento”, parte final do instituto, caso seja vislumbrado linearmente. Em outras palavras, o objeto trabalhado mostra-se bifásico, conforme se verá oportunamente. b) Pelo o que foi indicado no item “a”, em sendo um fenômeno bifásico, chamá-lo de - inadimplemento ou adimplemento – substancial, não é, senão, uma escolha muito mais de veleidade do que de cientificidade, reconhece-se. c) No Brasil a expressão consagrada é “adimplemento substancial”, em que pese também serem identificadas, pontualmente, outras expressões como “inadimplemento de escassa importância” (influência do direito italiano) e “substantial performance” (influência do direito anglo-saxônico). Reconhece-se, contudo, que quaisquer dessas empreitadas terminológicas ou são utilizadas – como aqui o serão – como recurso redacional, o que não é um problema em si, ou podem ser portadoras de um vício acadêmico brasileiro, qual seja: renomear, inúmeras vezes, consagrados institutos, com intuito meramente retórico de se chamar atenção para uma suposta contribuição autoral inovadora sobre o tema.

²⁰²BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 62.

²⁰³ Segundo estas notas, atribui-se a Lord Mansfield a afirmação de que: (...) where mutual covenants go to the whole of the consideration on both sides, they are mutual conditions, the one precedent to the other. But where they go only to a part, where a breach may be paid for in damages, there the defendant has a remedy on his covenant, and shall not plead it as a condition precedent". Disponível em: <http://www.unbc.ca/assets/history/courses/201101_case_notes.feb8.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

Em resumo, o episódio versou sobre um contrato de compra e venda de uma propriedade na Ilha de Dominica, o qual incluiu-se os escravos da plantação, o que na prática brasileira chama-se de compra e venda com “porteira fechada”. Por ocasião da avença, Eyre comprometeu-se a pagar a Boon, £500 mais uma renda vitalícia anual de £160.

Após o pagamento das £500, Eyre deixou de adimplir com as £160 anuais, vez que fora constatado que Boone não possuía titularidade sobre os escravos. Boone, por sua vez, ingressou com uma ação contra Eyre. Aquele saiu vitorioso, dado o fato de Lord Mansfield ter considerado a questão dos escravos como sendo secundária ou mesmo insignificante perante o todo obrigacional. Eis aqui a ideia inicial do que gira em torno do adimplemento substancial, a insignificância do que se deixou de cumprir.

Contudo, o prejuízo suportado por Eyre deveria ser solvido em perdas e danos, não em resolução da obrigação de pagar o ordenado anual. Sendo assim, o caso emblemático para a formulação do que viria a ser chamado de adimplemento substancial ficou vinculado às obrigações secundárias, não representado, de fato, a forma que hoje é conhecida, qual seja, o impedimento de resolução contratual, ainda que por descumprimento do dever principal, em que pese tal descumprimento ser substancialmente irrelevante.

Porém, retornando à caminhada na história do instituto, tem-se que, com o tempo, a útil, porém simplista, divisão entre *condition/warranty* foi percebida como um meio de acometimento de injustiças. Veja-se que o descumprimento insignificante de uma *condition* seria suficiente a ensejar a resolução do contrato, enquanto que o grave desrespeito a uma *warranty*, obrigação secundária, não possibilitaria tal fenômeno.

Conforme apontado por Becker, partindo de uma visão mais preocupada com a gravidade do dever descumprido, surge um novo conceito obrigacional no *Common Law*, o *intermediate* ou o *innominate term*, cujo desrespeito suficientemente sério era a única forma de resolver o contrato. Ainda acentuou a autora, que por influência dessa categoria obrigacional “havendo um descumprimento leve, só se admite reclamar por perdas e danos. Contudo, se o descumprimento for sério, grave, capaz de comprometer não só o

sinallagma contratual, mas toda a economia do contrato, admitir-se-ia a resolução contratual.”²⁰⁴

É com o *intermediate term*, por conseguinte, que surge a valorização da gravidade do dever descumprido e de sua influência sobre o contrato, sendo, portanto, o cerne do que se convencionou chamar de *substantial performance*.²⁰⁵

4.2.1 Adimplemento substancial no contexto do *Civil Law* e no plano Supranacional

De outro vértice, em países onde prevalece o sistema do *Civil Law*, o adimplemento substancial, em geral, foi devidamente recepcionado por seus Códigos Civis, de maneira ampla e generalizada, compreendendo a figura do “(in)adimplemento” em toda extensão. Veja-se como exemplo os casos da Itália, Alemanha, Portugal, Argentina, França e Espanha.

Na Itália, por exemplo, mais especificamente no art.1.455²⁰⁶ de seu Código Civil, é possível perceber a positivação expressa do adimplemento substancial ou, como lá é chamada, “*inadempimento di scarsa importância*”. Emílio Betti, ao comentar sobre o tema de maneira breve, conecta o adimplemento substancial ao que ele chama de “totalidade econômica da relação contratual”²⁰⁷.

Por sua vez, o adimplemento substancial ganha traços germânicos ao ser introduzido, expressamente, no § 320, II, do BGB²⁰⁸. Em tal artigo é possível perceber a ligação estabelecida entre a trivialidade (em sentido de ordinariedade/banalidade da prestação faltante) e a má-fé de quem deixa de receber essa parte faltante por puro despeito. Junte-se a esse dispositivo o que o § 323 (5)²⁰⁹, o qual, em sua parte final, aponta

²⁰⁴ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 62.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ “Importância do inadimplemento: o contrato não pode resolver se o inadimplemento de uma das partes tem pouca importância, tendo em vista o interesse da outra”.

²⁰⁷ BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 672.

²⁰⁸ *Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.*

²⁰⁹ [...]. *Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

pela impossibilidade da resolução contratual quando o que resta faltante é insignificante diante da lesão.

Tem-se, aqui, uma expressa vedação de posturas amesquinhas por parte do credor que tem algo de inexpressivo, ainda que de direito, a receber da parte contrária. Em um raciocínio sistemático, tal escolha remete à boa-fé edificada no § 342 do Código Civil Alemão.

O Código Civil Português, por sua vez, em seu art. 802, nº2, em redação quase que idêntica ao Código Civil Italiano, também consagra a figura da escassa importância quando da tentativa do credor em resolver o contrato.

Em realidade jurídica muito próxima à brasileira, tem-se na Argentina a possibilidade, explícita, de aplicação da teoria do adimplemento substancial conforme preleciona o artigo 1.084, do Código Civil Argentino de 2015, o qual, em tradução livre, preleciona em seu *caput* que “para fins de resolução, o inadimplemento absoluto deve ser essencial em atenção à finalidade do contrato”.

Na França, com o artigo 1184²¹⁰ e 1.134²¹¹ na Espanha, com o artigo 1124²¹² e 1258,²¹³ de seus respectivos Códigos Civis, há a previsão da *substancial performance*.

Em arremate preliminar, trazendo a experiência internacional para o direito civil pátrio, tem-se que ao menos a lógica do adimplemento substancial está timidamente – ou

²¹⁰ Article 1.184 La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

²¹¹ Article 1.134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

²¹² Artículo 1.124 La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

²¹³ Artículo 1.258 Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

transversalmente – positivado nos vícios redibitórios²¹⁴ e na evicção parcial²¹⁵, no Código Civil Brasileiro.

Contudo, por mais que pareça conhecedor da teoria do adimplemento substancial, o legislador brasileiro não permitiu que essa teoria ocupasse uma posição de maior amplitude e destaque em relação ao instituto do adimplemento, como visto nas citadas experiências internacionais. Ademais, resta saber como ela se comporta diante do direito supranacional.

Pode-se, de certa forma, encontrar fundamento para o adimplemento substancial nas normas do plano internacional condizentes aos contratos de compra e venda de mercadorias entre agentes econômicos de países distintos.

Nos termos da Convenção de Viena ou Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG) sobre contratos de compra e venda de mercadorias, mais especificamente em seu artigo 51 (2), “comprador apenas pode declarar a resolução do contrato na sua totalidade se a inexecução parcial ou a falta de conformidade constituir uma violação fundamental do contrato”.

Aqui, fica franqueado o fato de que, acaso não haja patente substancialidade no inadimplemento do contrato internacional, vedada será, pelo simples cumprimento imperfeito, a resolução do contrato. Eis, portanto, a fundamentação do adimplemento substancial.

Nesses termos, cumpre salientar, conforme afirmou em sua dissertação Rodrigo Chueiri, que:

[...] a quebra fundamental não ocorre necessariamente do desatendimento à prestação principal. Ocorre quando a prestação tardia já for economicamente diversa daquela esperada. Apesar da previsão, faltam critérios analíticos seguros a definir, aprioristicamente, quando se configura a quebra fundamental ou o adimplemento substancial.²¹⁶

²¹⁴ Art.441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.

²¹⁵ Art.455. Se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização.

²¹⁶ CHEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.58.

A opinião de Chueri é sustentável, vez que amparada nas lições de Vera Maria Jacob de Fradera,²¹⁷ a qual constata, com exatidão, que o CISG não permite encontrar uma organização clara no que toca à questão do (in)adimplemento, em sentido amplo.

Contudo, não se trata, a princípio, de uma falha técnica na concepção do diploma internacional, é que essa dificuldade em precisar a figura do (in)adimplemento é decorrente da própria prática do sistema de compra e venda internacional, que enfrenta grandes problemas, principalmente de ordem logística, o que é de grande valia ao comércio internacional extremamente complexo em seus arriscados arranjos postas suas nuances (geográficas, culturais, econômicas...), o que eleva as possibilidades de inadimplemento.

Corroborando para tal constatação que indica a flexibilização ensaiada do diploma internacional, saliente-se que mesmo o *nachfrist* (ou como se prefere, período de graça), figura conexa ao adimplemento substancial ligada ao prolongamento da zona obrigacional do inadimplemento relativo, no CISG ganha conotação distinta do direito obrigacional alemão, posto não ser de cunho obrigatório, mas sim facultativo.

Para uma melhor compreensão do que ora se diz, a doutrina indica que os artigos 47 (voltado para o comprador) e o 63 (voltado para o vendedor), ambos do CISG, cada um ao seu modo, criam:

[...] a possibilidade de que um comprador ou vendedor possa – mas não precise – definir um *nachfrist*, tendo como consequência principal que um comprador ou vendedor, durante aquele período, deva no geral aderir às obrigações contratuais enquanto mantendo seus direitos para subsequentemente cobrar indenização.²¹⁸

Quanto aos princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, também conhecido como UNIDROIT, igualmente caro à compra e venda internacional, tem-se em seu artigo 7.3.1²¹⁹ a nítida observância da previsão do

²¹⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 11. pp. 55-66, 1996, p. 15.

²¹⁸ No original: “[...] the possibility that a buyer or seller may -- but need not -- set a *Nachfrist* with the main consequence being that the buyer or seller, during that period, must generally adhere to its contractual obligations while retaining its rights to subsequently claim damages.” DIPALMA, Maryellen. **Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison**. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/DiPalma.html#b>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

²¹⁹ Article 7.3.1 - Right to Terminate the Contract (1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental performance. (2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental nonperformance regard shall be had, in particular, to whether (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could

adimplemento substancial, o que já era de se esperar, tendo em vista o viés principiológico que ascende da *substancial performance*.

Nesses termos, parece ser comum a todos os sistemas apresentados, sejam eles nacionais ou supranacionais, que o diálogo com o adimplemento substancial é traçado em bases amplas as quais, cada uma com sua intensidade, são calcadas na perspectiva de se flexibilizar a visão do inadimplemento substancial como fenômeno estanque e inflexível, na exata mediada do que sugere o princípio boa-fé objetiva nas relações entre particulares.

Estabelecida a visão geral da teoria em termos internacionais e supranacionais, é de fundamental importância que se adentre na formatação do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente pela lente do Direito Civil-constitucional.

4.2.2 A Teoria do adimplemento substancial na órbita do direito civil-constitucional

Urge salientar que a influência do Direito Civil-constitucional sobre a atividade cognitiva do intérprete do direito privado, mais precisamente do direito das obrigações, em geral, faz-se mediante a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência negocial, os dois primeiros enunciados expressamente no Código Civil de 2002, o último implícito.

Ora, o edifício do *substantial performance* é construído, segundo Paulo Lôbo²²⁰, sobre as bases da função social do negócio e da equivalência material de direitos. Outros autores ainda, a exemplo de Eduardo Bussata,²²¹ apontam para a boa-fé objetiva como a fonte do instituto.

O que se depreende de uma leitura atenta desses trabalhos doutrinários é que, direta ou indiretamente, todos, de alguma forma e através de distintas cláusulas gerais,

not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated. (3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed under Article 7.1.5 has expired.

²²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

²²¹ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102.

reconhecem a influência da Carta Constitucional de 1988 no aperfeiçoamento do *substantial performance* no direito privado brasileiro.

Ademais, há de se ressaltar que avistar diferentes princípios na base da teoria do adimplemento substancial em nada prejudica sua consistência, ou melhor, solidifica-a, vez que essas cláusulas gerais “não possuem pretensão de exclusividade, pois ostentam o seu sentido próprio numa combinação de complementação e restrições recíprocas”.²²²

Veja-se que a aplicação das referidas cláusulas gerais como fundamento para incidência da teoria do inadimplemento de escassa importância, é o meio pelo qual o juiz, no caso concreto, consegue superar a rigidez da tipicidade casuística da codificação civil pátria em relação ao instituto do adimplemento, tudo isso com o anseio de possibilitar eficácia normativa à Constituição.

Na opinião de Anelise Becker, percebe-se que o aludido fenômeno:

[...] pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico-subsuntivo pelo da concreção. Apenas este último método, que utiliza parâmetros concretos para a solução de casos concretos, admite um tipo de construção jurisprudencial como o da doutrina do adimplemento substancial. Decorre daí a necessidade de apurarem-se cada vez mais tais parâmetros (*standards*), pois eles serão os limites para o julgador.²²³

Sem se avistar um parâmetro civil-constitucional rígido que congregue a possibilidade da expansão interpretativa da obrigação ao lado de uma busca, concomitante, da obrigação como processo, torna-se inviável tratar da questão do inadimplemento em solo brasileiro.

Ademais, a teoria do adimplemento substancial, por se comportar como um terceiro elemento da perturbação da relação obrigacional, exatamente entre o fim da região do inadimplemento relativo e o adimplemento, é figura que na alameda obrigacional possui um caráter mutante, posto apresentar elementos da mora (inadimplemento relativo) que não são externados – fenotipicamente falando – por força da influência que a proximidade do adimplemento exerce em seu DNA.

²²²CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.88. Apud EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.53.

²²³BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 63.

Essa é a visão que se tem do adimplemento substancial em formato material (*endoprocessual*), como um processo em si mesmo: um inadimplemento cujos efeitos são enfraquecidos pela proximidade do adimplemento ou, o que é igualmente válido, um adimplemento que não chega a ser perfeito/absoluto pela presença de falha prestacional insignificante que acaba maculado a regularidade obrigacional.

Veja-se que, por ser inadimplemento, é um ilícito relativo – mitigado pela força de sua proximidade com o adimplemento, é verdade – onde alguns dos efeitos típicos da espécie factual (inadimplemento relativo/mora) não deixam de existir, mas são submetidos a um processo de perda de força, de tal modo que a possibilidade de resolução - que é uma faculdade (direito formativo) do credor – fica encoberta, peremptoriamente, pela exceção de direito material que do adimplemento substancial provém.

Nesses termos, tem-se que a descrição elementar do suporte fático do adimplemento substancial, visão interna da Teoria, seria a de um ato ilícito relativo fundado em presença de parcela (quantitativamente e qualitativamente) insignificante, faltante dentro de um cronograma programático prestacional.

Constatada a insignificância, por conseguinte, acaso a pretensão do credor seja no sentido de resolução da avença negocial, a parte devedora, substancialmente adimplente, encontrar-se-á no direito de manejar exceção de direito material com o fito de promover o encobrimento da resolução, versão externa da Teoria. Quanto a esse aspecto, ensina Jones Figueiredo Alves que:

Com feito, o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do atendimento quase que integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato. Não haverá imputável para resolver o contrato, quando o adimplemento parcial reflita, com o seu alcance, a pauta da avença, na proporção veemente das obrigações concretizadas.²²⁴

Veja-se que, ao não se conseguir vislumbrar o ponto da insignificância, todo o trabalho de reconhecimento da incidência externa da Teoria fica impedido de se desenvolver, sendo evidente, pois, a causalidade que permeia o tema em questão, o que

²²⁴ ALVES, Jonas Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz *et* ALVES, Jones Figueiredo (Coordenadores). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 406.

será melhor visto quando da análise das balizas a serem enfrentadas pelo intérprete para reconhecer a incidência (ou não) da exceção de adimplemento substancial.

Contudo, antes de se adentrar na análise externa – parte final deste tópico – é de grande importância tecer alguns comentários, acerca de um instituto que guarda afinidade com a Teoria do adimplemento substancial, qual seja, a “quebra antecipada do contrato”, mesmo estando ele, ao menos em parte, contido no conjunto teórico da violação positiva do contrato.

4.3 DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NA TEORIA DA QUEBRA ANTECIPADA COMO INSTITUTO FRONTEIRIÇO À TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

O grande artífice da teoria da violação positiva do contrato – como introdutoriamente anunciado – foi o alemão Staub, que em 1902 enfrentou a omissão do BGB quanto aos numerosos casos em que o devedor violava o pactuado através de um ato positivo, fazendo o que não deveria fazer ou realizando, positivamente, o que regia a ordem obrigacional, mas de forma imperfeita.²²⁵

Quanto à conceituação do que seria a violação positiva do contrato o que, conforme Menezes Cordeiro preleciona, não pode ser encontrada em perfeição, seria mais fácil avaliá-la excluindo-se, pois, de sua base, aquilo que não representaria uma violação positiva, dada a amplitude e a variação dos exemplos albergados em seu espectro.²²⁶

Assim, tem-se que a violação positiva do contrato seria tudo aquilo que não fosse identificado como inadimplemento absoluto ou como mora (inadimplemento relativo) – ao menos de forma legislativamente posta – e que, por força da boa-fé objetiva, podem ser depreendidos do sistema jurídico.

Pontes de Miranda, ao explicar a figura da violação positiva do contrato, indica que sua ocorrência está diretamente vinculada ao adimplemento que apresenta, no suporte fático, um ilícito relativo, existindo, por consequência, uma exclusão da perfectibilidade do adimplemento.²²⁷

²²⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 595.

²²⁶ Ibid., p. 597.

²²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.2, p.243.

Analisando-se a obra staubiana, poder-se-ia perceber da casuística que serviu de base para a construção da doutrina da violação positiva, que cinco foram as classes de problemas que permitiram o desenvolvimento da teoria na ótica de Jorge Cesa Ferreira da Silva, sendo elas: a) a violação das obrigações negativas; b) o negligenciamento do cumprimento adequado dos deveres de prestação; c) o cumprimento imperfeito de relações duradouras a ponto de gerar a extinção do contrato; d) o descumprimento dos deveres laterais e e) a quebra antecipada do contrato.²²⁸

Por força conclusiva do que já fora mencionado linhas atrás, a figura da mora como inadimplemento relativo superou, no Brasil, a sua base fenomênica histórica que, inicialmente, era atrelada, unicamente, à questão do tempo como elemento a ser desrespeitado pelo devedor. Sendo assim, os pontos “a”, “b”, “c” e “d”²²⁹ não fazem sentido teórico no Brasil, dada a escolha feita pelo legislador pátrio, mesmo na vigência do Código Civil de 1916.

Todavia, os elementos “e”, “a quebra antecipada do contrato”, é passível de aproveitamento pela doutrina brasileira, conforme se verá a seguir. Pelo exposto, justifica-se a apresentação de tal perturbação da relação obrigacional.

Nesta ocasião, indica-se que a violação positiva do contrato está relacionada com a possibilidade que uma das partes da relação obrigacional tem em resolver um contrato, antecipando os efeitos de um inadimplemento futuro. Sendo mister salientar que a expressão “quebra antecipada de contrato” é mais abrangente e nem sempre está vinculada à violação positiva do contrato.

Veja-se que existem casos onde a quebra antecipada do contrato se faz presente, embora não seja visto qualquer indício de positividade prestacional da contraparte, por exemplo, quando de uma promessa de compra e venda de um empreendimento imobiliário que deveria ser entregue em prazo de 36 (trinta e seis) meses e, ao chegar no 30º mês, sequer a fundação do prédio fora fincada, gerando a quebra antecipada do contrato por força do inadimplemento antecipado. Aqui não há uma violação positiva do

²²⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. São Paulo: Renovar, 2002, pp. 217-218.

²²⁹ Há de se lembrar, quanto ao ponto “d”, que com o desenvolvimento da doutrina que defende os deveres gerais de conduta, os deveres laterais perdem força, chegando a serem relegados a um papel secundário, como de fato o são, nas relações obrigacionais. Ademais a presença desses deveres laterais não estão veiculadas pela ideia germânica de violação positiva do contrato, uma vez que no Brasil a mora é tridimensional – tempo, modo e espaço – a quebra do dever lateral é, em verdade, uma violação negativa do contrato. Para compreender o que ora se propugna, remete-se o leitor ao item 3.3 deste trabalho.

contrato propriamente dita, em que pese, seja preclaro que na maioria das vezes essa quebra antecipada assim não se apresente.

Nesses termos, segundo explicações de Araken de Assis, tem-se que:

Em geral, a obrigação é contratada *sub dies*, marcando semelhante termo, além do momento em que o crédito passa a dotar-se de pretensão, permitindo ao credor exigí-lo, o, lapso necessário à atividade do devedor visando a execução tempestiva. E isto, porque o adimplemento reveste, inúmeras vezes, de grande complexidade, devendo mediar razoável antecipação desde a origem do vínculo. Entrementes, enseja-se uma série de planejamentos recíprocos, sobretudo o de quem almeja receber prestação e extrair dela vantagens. As edificações civis de porte, o desmantelamento de uma unidade fabril para relocá-la, ou o fornecimento de equipamentos pela indústria de bens de capital não se improvisam, nem se realizam de forma imediata.²³⁰

Já nas lições de Ruy Rosado de Aguiar, a antecipação do inadimplemento pode ser inferida quando do comportamento do devedor, por exemplo, que exerce atos inequivocamente avessos ao cumprimento de sua obrigação ou, o que é pior, emana declarações contundentes de que não irá adimplir com o que fora pactuado. Aqui sim é expressa a violação positiva do contrato.

Contudo, num caso ou noutro, fica patente a possibilidade da parte prejudicada fazer uso da doutrina da quebra antecipada do contrato, tendo em vista os indícios, mais do que suficientes, a objetivarem a quebra futura do dever obrigacional.²³¹

Em artigo precursor da matéria no Brasil, Anelise Becker afirma que essa é uma teoria erigida no contexto do *common law*, já no século XIX, informando que nos Estados Unidos o *anticipated breach of contract* (quebra antecipada do contrato) estava ligado à ação intencional que evidenciasse o *animus* de inadimplir com o que fora anteriormente entabulado.

Na Inglaterra, a doutrina originou-se de dois casos, *Hoechst v. De la Tour e Frost v. Knight*. Neles ficou estabelecido que um “repúdio, implícito ou explícito, daria à parte inocente uma causa imediata de ação anterior, portanto, ao termo previsto para o adimplemento do contrato e, precisamente, a fim de proteger o direito que tem o credor a ter o contrato mantido e eficaz”.²³² Por repúdio, leia-se aqui, a manifestação em quebrar com o contrato no futuro.

²³⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ªEd. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 106.

²³¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. In: Vol. 06, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp.579-580.

²³² BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.73.

Pelo que se infere de similitude quanto a esses casos no âmbito da jurisprudência inglesa, tem-se que a *ratio* da quebra antecipada do contrato está vinculada à reprovação da atitude de quem acaba por submeter a contraparte, antes mesmo que o termo do contrato seja atingido, a uma situação certa de previsão de um notório prejuízo.

Todavia, impõe transcrever alerta de Anelise Becker feito quanto ao fenômeno da quebra antecipada do contrato: “a recusa, por si só, não é considerada *ipso facto* um inadimplemento, pois entende-se que não há inadimplemento a menos que a contraparte assim o considere”.²³³

Para a citada autora, está nas mãos do credor recepcionar a notícia da quebra futura do contrato como algo certo e que seja passível de, factualmente, desconstruir a obrigação erigida entre as partes. Todavia, reconhece Anelise Becker, “o risco desta atitude está em que manterá firme o contrato em benefício também da outra parte, que poderá tirar vantagem de qualquer circunstância superveniente que justifique o inadimplemento, não obstante seu prévio repúdio”.²³⁴

Inobstante, também é de bom alvitre rememorar que esse é um instituto que adentra no sistema jurídico pátrio por força do desenvolvimento de um olhar da obrigação como processo e que se faz pela brecha interpretativa que se depreende da análise fundamental da boa-fé objetiva como corolário do direito obrigacional.

Veja-se, por exemplo, que sem a compreensão dessa expansão interpretativa que vislumbra a obrigação, inclusive, em formação civil-constitucional, seria difícil – para não dizer impossível – identificar a possibilidade desse tipo de doutrina em solo pátrio.

É de notar, por exemplo, que ao buscar de maneira aferrada a lei civil, pode-se, temerariamente, cometer o equívoco de não se permitir a quebra antecipada do contrato por força do artigo 939 do Código Civil, que diz: “o credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro”.

Esse artigo tinha seu correspondente fiel também no Código Civil de 1916, mais precisamente no artigo 1530 do diploma anterior, mas isso não impediu a construção da

²³³ BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.73.

²³⁴ Ibid.

teoria da quebra antecipada do contrato na vigência do antigo diploma material. Aliás, não permitir a formulação de tal doutrinação no sistema brasileiro seria uma patente afronta à própria justiça pressuposta em uma relação obrigacional.

Além disso, é imprescindível aludir que a figura da quebra antecipada do contrato é identificada como equiparada ao inadimplemento absoluto. Isso se deve ao fato, já apontado, de que os vestígios objetivos da situação obrigacional que circundam a quebra antecipada do contrato serem uma firme projeção - em elevada probabilidade - de que, no futuro, haverá o inadimplemento absoluto.

Espanta-se, com isso, a pecha de equiparar a quebra antecipada do contrato com uma “mera insegurança”, muitas vezes levantada maliciosamente pelas partes ingressantes em um negócio jurídico, para camuflar o arrependimento caprichoso perante a contraparte do negócio, o que não raro resulta na busca pelo desfazimento da obrigação pactuada. Em última análise, nesses casos, quebra-se a boa-fé objetiva, sob o argumento de defendê-la.

Note-se que há a necessidade do desenvolvimento dogmático e, principalmente, da confirmação da boa-fé objetiva no plano prático, para criar teorias expansionistas - como é o caso da teoria da quebra antecipada dos contratos. É desse ponto em diante que se tem a análise da visão externa da *substancial performance*.

4.4 DA EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL: PREMISSAS PARA A ANÁLISE DA VISÃO EXTERNA DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

A pressuposição inicial de uma ação – ou pelo menos o que se espera dela – é a de uma espécie de dinâmica jurídica decorrente de uma afronta ao direito de outrem. Nesses termos, figurada a afronta, sai o afrontado de uma posição de passividade e dirige suas pretensões de compensação quanto ao dano por ele suportado a quem o afrontou. Quem suporta a pretensão do afrontado, incide em ilícito.²³⁵

Assim, para que a tutela estatal seja, de fato, movimentada, a pretensão de uma das partes deve ser engendrada, procedimentalmente, à luz do Judiciário, que servirá como uma interface forçada entre as partes em litígio, impondo a uma delas o ônus de

²³⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 73.

suportar as consequências da força impositivo-adaptativa/coercitiva da revelação da lei no caso concreto.

Nesses termos, pode-se dizer que entre as várias respostas do demandado à pretensão ajuizada pela contraparte, uma ganha especial atenção para os termos do presente trabalho, qual seja, a manifestação opositora do réu que recusa ou estanca, paralisando, o pretense direito movimentado/perseguido pelo demandante, não implicando em exatidão na contestação do pretense direito de fato pleiteado em ação. É essa manifestação do réu que se pode atribuir a denominação de “exceção”.

Igualmente, é de se chamar a atenção para importante observação pontesiana: “a exceção precisa ser exercida. Não há exceção que, sem o exercitar-se, opere. Mesmo porque uma coisa é o direito de excepcionar (*ius exceptiois*); e outra, a atividade exceptiva, que é a exceção”.²³⁶

Em perspectiva histórica, Serpa Lopes alude que tal distinção provém da separação do duplo caráter da exceção insculpido nas institutas de Gaio (Liv. IV, tit. 12, §§115-117), o que permite compreendê-las como “uma relação de natureza substantiva que ao mesmo tempo e do mesmo modo se torna participante de uma relação de caráter adjetivo, processual”.²³⁷

Ao conceituar o que seria uma exceção, Pontes de Miranda, na linha que ora se expôs, indicava que a exceção não ataca o direito (efeito) ou o ato-jurídico em sentido amplo (causa). Ela não é isso, mas versa, sim, na busca de se fazer atendida, encobrendo a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção contra exercida.²³⁸

Em dissertação de mestrado, Rafael Gagliardi, baseado em clássica obra de Serpa Lopes, diz, sobre exceção, que:

Consiste na contraposição do demandado ao direito do demandante, de modo a tornar a demanda ineficaz, parcial ou totalmente, temporária ou definitivamente, mas sem impugnar a existência abstrata do direito em que tal demanda se baseia. Assim, o traço característico da exceção consiste na arguição de um direito do demandado que seja contrário ao direito do demandante no qual se funda e demanda e que seja com ele incompatível, cujo objetivo é a neutralização, definitiva ou temporária, da demanda.²³⁹

²³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p.17.

²³⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 19.

²³⁸ PONTES DE MIRANDA, op.cit., p. 10.

²³⁹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **A exceção do Contrato não Cumprido**. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p.9.

Contudo, é revisitando os clássicos que se encontra, de fato, a natureza jurídica da exceção de direito material devidamente enfrentado. Aqui há uma espécie de convergência entre o posicionamento de Serpa Lopes e de Pontes de Miranda.

Segundo Serpa Lopes, a “*exceptio* é uma faculdade contraposta ao direito ou pretensão do autor”.²⁴⁰ Em aprofundamento de ideia, o referido autor indica que a exceção de direito material (ou substancial, como prefere):

Não é uma pretensão, ou, muito menos, uma contraprestação; não diz respeito à capacidade, que é uma noção geral, nem se vincula à ideia de poder [...] Sendo a *exceptio* um direito facultativo, de caráter negatório, por meio dele fica o réu com a prerrogativa de recusar o adimplemento de uma prestação por ele devida ao autor. Colocando assim a *exceptio* na categoria dos direitos facultativos [...].²⁴¹

Pontes de Miranda, por sua vez, é preclaro ao complementar o raciocínio ao dizer que:

A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão (compensação), - só encobre a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção que se exerceu contra o excipiente. Bem fraco negar, ainda quando se trate de exceções peremptórias. Dependente de ser exercida, a exceção distingue-se dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos. O exercício da exceção e a prova dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos são inconfundíveis; por isso, basta, para esses, que o juiz os encontre provados, ainda que o réu não os tenha articulado. Não assim quanto à exceção: em vez de fato, o que o juiz tem de encontrar, é o exercício do direito do réu, o exercício do *ius exceptionis*. Nenhuma contestação do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção do autor há no exercício da exceção; o fato, quer pré-exclua, quer modifique, quer extinga, é, em si mesmo, contrariedade. Por mais cumprida e completamente provada que esteja, nos autos, a exceção, se não foi oposta, isto é, alegada como exercício (= comunicação de conhecimento + comunicação de vontade), nada pode o juiz no sentido de atende a ela.²⁴²

Ademais, em artigo sobre o tema das exceções, Fredie Didier, indica que é de grande valência estabelecer uma distinção entre a exceção de direito material - objeto de análise – e exceção de direito processual. Segundo referido autor, historicamente não cabe qualquer confusão conceitual, vez que há tempos o direito material encontra-se apartado do direito processual. Portanto, é da legislação material – leia-se, civil (em sentido amplo incluindo os ramos especiais tais como o empresarial, o consumerista, entre outros) – o papel de estabelecer as possibilidades existenciais das exceções de direito material²⁴³.

²⁴⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 73.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 11.

²⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 54-66, jul./ago. 2004, p.57.

Estabelecidas as linhas gerais da visão externa da exceção de direito material, é de bom alvitre salientar – antes de se avançar no tema – que as terminologias “exceção substancial” e “exceção de direito material” são utilizadas como categorias sinônimas, ambas servem para indicar a exceção de adimplemento substancial. Porém como classificar tal exceção para melhor compreendê-la, é o que será visto adiante.

4.4.1 O adimplemento substancial como exceção de direito material

Segundo narra Serpa Lopes, a exceção nasceu na Roma antiga, com o movimento pretoriano em face do rigorismo imposto pelo *ius civile*. Isso permitiu que a cultura romana, quando do seu desenvolvimento comercial, conseguisse melhor atender a complexidade/dificuldade que crescia com a efusão de operações ao longo de seu vasto território.²⁴⁴

Em outras palavras, a inflexibilidade dos institutos do *ius civili* já não poderia se sustentar diante do dinamismo comercial romano, tornando, portanto, um entrave ao seu desenvolvimento. Foi partindo desse ponto histórico que, “através da *exceptio*, que posteriormente se processou uma evolução da qual decorreu a classificação da matéria de nulidade absoluta e nulidade relativa”.²⁴⁵

Da *exceptio* tem-se o desenvolvimento da *exceptio doli*. Segundo Serpa Lopes “a exceção de dolo tinha, pois, no Direito Romano, um caráter geral de modo a destiná-la a evitar consequências prejudiciais à *bona fides*”.²⁴⁶ Nessa linha, tem-se conforme monografia de Flávio Rubinstein, no particular anotando as lições de Francisco do Amara que a *bona fides*:

Pode ser compreendida como um princípio normativo de justiça contratual, que visaria a tutelar o equilíbrio contratual, garantindo a igualdade das posições dos contraentes, por meio da atuação judicial. Tratar-se-ia de um critério do grau de tolerabilidade da estrutura do equilíbrio da prestação como vontade das partes, um vetor de integração necessário ao conteúdo do contrato. Nesse contexto, a *bona fides* caracterizar-se-ia como um dos fundamentos materiais e constitutivamente decisivos do Direito romano, no qual o casuismo tópico-jurisprudencial atuava analogicamente, por referência a valores fundamentais.²⁴⁷

²⁴⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 113.

²⁴⁵ Ibid., p. 114.

²⁴⁶ Ibid., p. 117.

²⁴⁷ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Edusp, v. 99, p. 573-658, 2004, p. 616.

Assim, explica o autor que: “tal *exceptio*, portanto, era uma defesa e uma proteção a um direito contrário ao exercitado pelo autor, e, como tal, um instrumento de flexível proteção da equidade e da boa-fé”.²⁴⁸ De tal gênero nasceu, portanto, duas modalidades de exceção *exceptio doli specialis* ou *praeteriti* e a *exceptio doli generalis* ou *praesentis*.

Conquanto a primeira nasça com o advento do fato jurídico que deu origem à obrigação, a segunda decorreria da conduta (dolosamente contrária à boa fé) de um dos sujeitos obrigacionais já no transcurso do programa obrigacional. É nessa segunda figura de exceção, pois, que o adimplemento substancial se fundamenta em visão externa, a despeito de sua presença no sistema pátrio ser algo controvertido.

4.4.2 *Exceptio doli generalis*

No direito romano a *exceptio doli generalis* estava diretamente relacionada à questão da boa-fé representada pela figura da *ex fide bona*. Segundo Serpa Lopes, esse seria o ponto de sua manutenção até os dias atuais, dado o fato de ela possuir uma “função atenuadora de rigores legais”.²⁴⁹ Seria a reminiscência histórica a essa figura um dos motivos que importaria, atualmente, no desenvolvimento de Teorias como o adimplemento substancial e de tantas outras que retiram seu fundamento (interno e externo) na boa fé.

Judith Martins-Costa, ao retratar, ainda que de passagem o tema, explica que:

A *exceptio doli generalis*, que reprimia as condutas que se enquadravam na regra que proíbe o *venire contra factum proprium* permaneceu vigente na tradição jurídica do *ius commune* como mecanismo processual mediante o qual o demandado se defendia contra o exercício malicioso e contrário à boa-fé de quem pretendia manter uma posição jurídica formal.²⁵⁰

Ora, caso se faça um retorno às bases dos capítulos anteriores deste trabalho, é inevitável observar que todo o desenvolvimento da linha de raciocínio que abrange a obrigação como processo está diretamente relacionado a esse papel funcionalizante que a boa-fé, mais precisamente em seu aspecto objetivo, hodiernamente imposto às relações obrigacionais.

²⁴⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.119.

²⁴⁹ Ibid., p. 124.

²⁵⁰ COSTA, Judith Martins. Os avatares de abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: **Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro 21-23 de setembro de 2006)**. Disponível em: <www. fd. ul. pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune. Acesso em: 06 de março de 2018.

Contudo, tal ponto de funcionalização, sobretudo em relação à *exceptio doli generalis*, é precisamente combatido por Pontes de Miranda, que tratando do tema na vigência do Código Civil de 1916 indicava, em resumo, não ser possível sua presença no Brasil, por dois motivos: (a) não existência de um artigo, no Brasil, que reproduzisse o §242²⁵¹ do BGB de 1900 e (b) porque seria inadmissível se utilizar do art.160, I, 2ª parte do Código Civil de 1916, a qual versava sobre exercício regular de direito e que, por isso, somente justificaria a ação de abuso de direito, não havendo que se referir à *exceptio doli generalis*, figura, conforme dito, alusiva à boa-fé.²⁵²

Com todo respeito que se deve à Pontes de Miranda – um dos autores mais estratégicos para o desenvolvimento dessas linhas monográficas – sua argumentação não merece arrimo neste particular, vez que (a) o §242 do BGB 1900 atualmente está devidamente alinhavado nos termos do art.422 do Código Civil de 2002.

Doutro passo, em análise da objeção (b), tem-se que abuso do direito – independente da previsibilidade do art. 422 do Código Civil – só pode ser compreendido à luz da boa-fé objetiva.²⁵³ Neste particular, importante trazer à colação memorável passagem de Serpa Lopes, o qual sustenta que “nada há, entendemos nós, de incompatível entre a noção de abuso do direito, o qual pode ser demandado tanto pela *actio doli* como pela *exceptio doli*”.²⁵⁴

Por sua vez, Menezes Cordeiro também é reticente à ideia da *exceptio doli generalis* no direito contemporâneo. Segundo tal doutrinador, essa exceção seria um tipo:

Muito extenso, de compreensão escassa, acaba, afinal, por se traduzir num mero arrimo linguístico destinado a dar credibilidade a posições que, por inovatórias, careciam de, no passado, provar a sua inoquidade. Sob ela cresciam e impunham-se paulatinamente outros tipos menos extensos mas mais compreensivos e, por isso, mais ricos em conteúdo para boa fé.²⁵⁵

²⁵¹ *El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidade y la buena fe em atención a los usos del tráfico. In: SERPA LOPES, Miguel Maria de. Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 125.

²⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, pp. 30-36.

²⁵³ Neste sentido vide: LEVI, Giulio. L'abuso del diritto. *Studi do Diritto Privato Italiano e Straniero. Nuova Serie.* Milão: Giuffè, 1993, v. XXXI, p. 13. Em sentido diverso, apontando pela autonomia dos institutos, vide: SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium.* Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 112-113.

²⁵⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 132.

²⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2015, p.741.

Neste particular, acredita-se que as lições alienígenas de Menezes Cordeiro, quanto à questão da *exceptio doli generalis*, não devam ser relevadas.

Conforme pode ser plenamente percebido, a questão de se desconsiderar a figura romana como uma base para doutrinas expansionistas, como a Teoria do adimplemento substancial, pouco, ou nada, contribui para o fato dela (*exceptio doli generalis*) deixar de ser uma espécie de modelo dogmático que permitiu – e ainda hoje permite – a instrumentalização de inovações calcadas na boa-fé objetiva, as quais, sobre o prisma formal/processual, só são capazes de serem projetadas se embaladas por um veículo processual que a conduza enquanto espécie de exceção de direito material.

Em outras palavras, na visão de Menezes Cordeiro, a maturidade da dogmática acerca da boa-fé objetiva no cotidiano jurisprudencial e doutrinário contemporâneos, é tão gritante, a ponto de consolidar modelos teóricos como o adimplemento substancial, relegando a *exceptio doli generalis* – ou mesmo seu gênero, exceção de direito material – a uma condição de irrelevância em relação ao direito material (visão interna). O problema de tal afirmação é o fato de deixar essas inovações insculpidas pela boa-fé objetiva órfãs de instrumentalidade no plano da prática processual, embora a questão material, de fato, esteja relativamente superada pelo aperfeiçoamento da base dogmática do princípio da boa-fé objetiva.

Ora, a conclusão de Menezes Cordeiro não pode ser encampada ao menos sobre o prisma da processualística cível (visão externa), vez que suas formalidades exigem um modelo dogmático e sobretudo prático, minimamente condizente com o jogo processual, ainda que se tenha, neste particular, uma figura que esteja fixada numa linha intermediária entre a questão material e a questão processual, como é o caso das exceções de direito material, na qual se alinha a *substancial performance*.

Consigna-se, ademais, como forma de espantar qualquer dúvida acerca do assunto ora analisado, que ao se contemplar a *exceptio doli generalis*, como uma espécie do gênero exceção de direito material, não se quer minimizar o esplendor teórico que é a boa-fé objetiva como princípio formador da *substancial performance*, tampouco se almeja indicar que o tema da exceção de direito material seria uma imposição processual ao direito material, quando o revés é o que se propugna.

Em verdade, tem-se que a *exceptio doli generalis* só existe em função e na exata medida do desenvolvimento dogmático que paulatinamente vem se sedimentando acerca

da boa-fé objetiva, assim, deve-se ter em mente que as exceções de direito material são de ordem estritamente substancial, porém com fortes impactos na esfera processual, conforme será melhor trabalhado a seguir.

Evita-se, porquanto, cair na iniquidade teórica que era percebida pela disfunção/fluidez excessiva da *exceptio doli generalis* no passado, retratada pela crítica de Menezes Cordeiro. A visão do fenômeno do adimplemento substancial deve ser bifocal e interdisciplinar. Pensar de outra forma, ao menos pelo que se expos até aqui neste trabalho, pode apequenar a noção da própria *substancial performance* como um todo.

Indicada a natureza jurídica da exceção de adimplemento substancial, é de fundamental importância buscar sua classificação para melhor compreender como se comporta tal instituto.

4.4.3 Da classificação das exceções de direito material

Quanto aos principais aspectos classificatórios, tem-se, em primeiro lugar, a dicotomia apresentada por Pontes de Miranda quanto ao fato dessas exceções serem independentes ou dependentes. Para compreender essa primeira distinção é fundamental que se entenda, de maneira sintética, que para determinado autor “a exceção vem contra o direito ou contra a pretensão, ou contra a ação, ou contra a exceção em sua eficácia”.²⁵⁶

Assim o sendo, a exceção pode ser fundada em direito alheio ao que a ela está contida ou em casos onde ela passa a se apoiar em si mesmo. Dessa forma, diz-se que o primeiro tipo é relacionado às exceções dependentes (ou não autônomas) e o segundo seria de ordem independente (autônoma).

Ao exemplificar tal distinção classificatória, as lições pontesianas apresentam como exemplo de exceções independentes as exceções de prescrição. Segundo Pontes, “ela é o conteúdo (imediato) do próprio direito de excepcionar”.²⁵⁷

Outro exemplo de exceção de direito material independente seria o benefício de ordem, o qual, por si só, sem precisar de outro direito que lhe arrime, é capaz de sustentar o direito do excepto, bem como a própria exceção.

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 12.

²⁵⁷ Ibid.

Já as exceções dependentes buscam guarida em ponto fora de suas bases, em verdade, são exceções decorrentes de um direito tido como uma externalidade ao direito que permite o exercício da exceção substancial em si. Exemplo pontesiano para ilustrar essa espécie seria a exceção do possuidor, a qual é sustentada pelo direito possessório do excetuante em possuir o bem. Desse é que decorre a exceção. Ao que parece, com a posse surge a possibilidade de exceção, mas não é dela a origem da exceção em si.

Contudo, há que se ressaltar que, em casos de exceção de direito material onde exista dependência em relação a outro direito, a extinção do direito que lhe deu origem fulmina a existência da exceção de direito material. Nesse caso, existe uma dependência fortíssima entre o criador e a criatura.

Ressalte-se, ainda dentro da classificação que leva a dependência e a independência das exceções, que para Pontes de Miranda, as exceções independentes são geralmente impessoais e transmissíveis por sucessão.

Para Serpa Lopes, ao se falar em exceção dependente ou independente, o foco da análise doutrinária deve estar não no direito, mas na *actio* que corresponda à exceção substancial. Nesses termos, tem-se que por dependentes seriam a *exceptio non adimpleti contractus* e a exceção de retenção. Quanto às independentes, o referido autor não faz menção de exemplo para a classificação²⁵⁸.

Ao que se pode depreender das linhas classificatórias dos referidos autores, a exceção de adimplemento substancial seria para Serpa Lopes uma exceção substancial dependente, enquanto que para Pontes de Miranda, se a considerasse existente, seria independente, dada a desnecessidade de se buscar fora do adimplemento insignificante sua base existencial.

Outra classificação leva em consideração o direcionamento da exceção à esfera da personalidade quanto à natureza do direito no qual ela se funda. Nesses termos, tem-se que as exceções pessoais, como o próprio nome sugere, atrelam-se à esfera jurídica de indivíduo, enquanto o contrário é válido para as impessoais (ou reais).²⁵⁹ Essa classificação é de grande relevância para as questões de marcação da transmissibilidade do direito de excetuar.

²⁵⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 106.

²⁵⁹ Ibid., p. 108.

Ora, ao se pensar em exceções impessoais, logo há de se encontrar em conclusão a possibilidade de vê-la transmitida aos sucessores de que possuía o direito de movimentá-la, assim como também se dirige contra os sucessores de quem originariamente suportaria os efeitos do exercício de excetuar.

A impessoalidade é a marca da exceção de adimplemento substancial, de tal sorte que ela sustenta o título de exceção de direito material dependente e impessoal, dada sua transmissibilidade, de ambos os lados da relação obrigacional.

Neste diapasão, é de valia salientar que não existem distorções entre a perspectiva classificatória de Pontes de Miranda e de Serpa Lopes. Ambos, aliás, firmam-se na consideração do efeito *erga omnes* para indicar a exceção de direito material impessoal.

Outra classificação pertinente a ser trazida à luz é a que compreende as exceções em duas classes, a peremptória e a dilatória. Como bem destacado por Pontes de Miranda:

As exceções ou dilatam ou perimem, isto é, apenas encobrem, temporariamente, a eficácia (exceções dilatórias), ou a encobrem para sempre (exceções permanentes). As que encobrem temporariamente ou cessam de ter efeito a dado momento, ou podem ser destruídas por ato do titular do direito a cuja eficácia se opõe, ou só têm efeito enquanto não se tem por certa alguma situação.²⁶⁰

Por sua vez, Serpa Lopes acrescenta que dessa classificação entre exceções dilatória e exceções peremptórias deriva, também, as exceções diminutórias, as quais levam em conta um critério de quantidade (no sentido de intensidade). Destarte, tem-se que “dizem-se diminutórias aquelas exceções destinadas a corrigir em pedido excessivo. Assim, as exceções diminutórias guardam uma relação intermediária entre as exceções dilatórias e as peremptórias”.²⁶¹

Haveria, segundo Serpa Lopes, um terceira espécie, a da exceção parcial (no sentido de extensão), aquela que excluiria parte dos pedidos, entregando, neste particular, o que ele chamou de “absolvição do réu”.²⁶² Assim, a exceção se dirige a uma posição da parte contrária e encobre o ponto exato dos pedidos, tendo como resultado o encobrimento de tal pretensão.

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 14.

²⁶¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 105.

²⁶² Ibid.

A exceção de adimplemento substancial, nesses termos, é considerada peremptória e parcial. Isto se deve ao fato de que a pretensão resolutória, quando exercida contra um devedor, passa a ter sua eficácia encoberta, por força da exceção de adimplemento parcial, em que pese a ação continuar quanto ao pedido de perdas e danos.

Em verdade, impõe-se um prolongamento da ação até que se encontre, em meio processual externo à pretensão resolutória, algo que consiga sustentar a obrigação de arcar com as perdas e danos decorrentes da parcela insignificante, tal como ocorre pela via da ação ordinária de indenização por perdas e danos. Assim, sendo frustrada a cobrança, poderá ocorrer em fase executória própria, a penhora do bem da vida que deu origem à pretensão resolutória.

Na contramão dessa posição, coloca-se Rodrigo Chueiri, o qual indica que “se houver apenas uma solução para a satisfação do crédito, é a que se deverá utilizar”,²⁶³ o que implica em dizer que não restando suficiente a força patrimonial do devedor em adimplir com as perdas e danos decorrentes do adimplemento substancial, caberá, de toda sorte, a resolução do contrato.

Parece que a conclusão de Rodrigo Chueiri, caso levada à cabo, contribui para a ineficácia da Teoria do adimplemento substancial, tendo em vista desconsiderar o fato de que o sentido de não se permitir a resolução do contrato é, de fato, proteger o sujeito substancialmente adimplente dos efeitos devastadores de uma resolução.

Veja-se, por exemplo, que existe entre a posição aqui defendida e a posição de Rodrigo Chueiri uma significativa diferença. Melhor se explica.

A tese defendida nas linhas deste trabalho remonta a um desfecho que indica, em caso de frustração da demanda proposta pelo autor, uma fase executiva que devolverá ao credor a parcela faltante mais as perdas e danos, retornando todo o resto dessa operação ao patrimônio do devedor, inclusive eventuais acréscimos patrimoniais decorrentes da valorização do bem executado.

Já na perspectiva de Chueiri, o desfecho de eventual frustração da pretensão creditícia resultará na gravosa resolução do contrato, ao se buscar um pretense *status quo ante*. Isso implica em dizer, por exemplo, que o credor retomará o objeto da avença e

²⁶³ CHUEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.96.

devolverá o preço pago pelo devedor deduzindo, ainda, eventuais perdas e danos. Nesse caso, eventual valorização do bem envolvido na resolução, por exemplo, em nada beneficiará o devedor, a título de retorno/regresso patrimonial.

Assim, o que ora se defende deve ser a opção jurídica mais equilibrada quanto ao desenvolvimento da Teoria do adimplemento substancial no Brasil, posto que contempla, por um lado, o direito creditório do demandante e, por outro, não deixa de lado a tutela do devedor que ficou pendente em parcela insignificante do avençado.

Deste modo, deve-se permitir que o inadimplente em insignificância não seja impingido a ver seu contrato resolvido por mero deleite do credor, o que, todavia, não implica em dizer que esse devedor estaria livre do dever de arcar com as perdas e danos, ainda que também insignificantes, sofridas pelo credor.

Em outras palavras, em não cumprindo com sua obrigação, tem-se mais do que cabível que o devedor responda por perdas e danos, inclusive, acerca do que deixou de adimplir, o que coíbe o enriquecimento sem causa. E isso é óbvio, dado o fato de se considerar injusto que a parte prejudicada com o inadimplemento insignificante (ou adimplemento substancial, não se esquecendo que ele é um ilícito relativo) seja impedida de buscar o seu crédito por outra via.

Pontuada a visão classificatória que circunscreve a temática da exceção de adimplemento substancial, é imprescindível compreender o caminho que permite a associação entre Teoria do adimplemento substancial e a exceção de direito material.

4.5 DA EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL AO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: DOS ASPECTOS GERAIS A UMA VISÃO PROBATÓRIA

De início, para desmistificar a questão da dependência da exceção substancial do processo, há de se levar em conta que, na perspectiva pontesiana, a exceção de direito material pode, sem necessariamente dever, ser movimentada em caráter extraprocessual.²⁶⁴

²⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 16.

Por exemplo, um devedor ao ser notificado, para dar cumprimento à sua parte na avença, pode contra-notificar a outra parte informando-lhe que sua contrapartida na avença depende do cumprimento da obrigação da parte notificante, em nítido exercício de se desvencilhar da constituição da mora através da exceção do contrato não cumprido.

Comentando sobre o tema, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, constatou que a maioria da doutrina contemporânea, entre ela Araken de Assis e Rafael Oliveira, são adeptos dessa possibilidade de exercício ambivalente das vias de exceção (judicial e extrajudicial). Segundo o autor, esse é um reflexo pleno do princípio da indiferença das vias. Contudo, é evidente que em caso onde o exercício da exceção dependa de reconhecimento judicial, o que parece ser o caso da exceção de adimplemento substancial, é conspícua a impossibilidade de se desempenhar tal resposta do demandado para além do ambiente processual.²⁶⁵

Ponto de igual pertinência é saber ao que se opõe uma exceção. Conforme Pontes de Miranda, a exceção pode-se opor contra: “(...) a) à eficácia do direito, como a exceção *non adimpleti contractus*; b) à eficácia da pretensão, como a de prescrição; ou c) só à ação, como a exceção de coisa julgada; ou d) à exceção”.²⁶⁶

Nesses termos, tem-se que, em geral²⁶⁷, a exceção de adimplemento substancial incide justamente sobre a eficácia do direito formativo extintivo que provém da mora e, conseqüentemente, do inadimplemento de escarça importância. Tal inadimplemento relativo não é suficiente a ensejar a rescisão/destruição do negócio jurídico a este fato subjacente.

É que, de fato, o direito de ver o contrato resolvido existe, tendo em vista a presença da mora e do próprio inadimplemento. O problema é que a insignificância do que se encontra na base dele é tão patente que faz a eficácia do direito ser resfriada pelo encobrimento da exceção de adimplemento substancial.

A questão é de eficácia, ou melhor, de impedimento de parte dos efeitos da resolução – mais especificamente quanto ao desfazimento do negócio jurídico – embora

²⁶⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Exceções no Direito Civil: Um conceito em busca de um autor?** In: MIRANDA, Daniel Gomes de *et al.* **Prescrição e Decadência**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 417.

²⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, op.cit., p. 16.

²⁶⁷ É possível perceber que a exceção de adimplemento substancial também recai sobre outra exceção. Isso constantemente ocorre nos casos onde a parte encontra-se em adimplemento substancial com a seguradora e acaba se envolvendo em um sinistro. Ao tentar demandar a Seguradora, recebe como resposta uma “exceção de contrato não cumprido”. Para contrapor-se à alegação da Seguradora, o segurado deve apresentar exceção de adimplemento substancial.

outro componente eficaz, relacionado a perdas e danos, por exemplo, continue a se fazer presente.

Ademais, acaso a parte demandante a quem o adimplemento substancial é benéfico não o exerça no primeiro momento a que couber sua manifestação, é preclaro que o efeito do desfazimento do contrato ficará liberto para dar concreção ao seu intento jurídico prévio.

Cumprido, outrossim, esclarecer que, sem haver movimentação da ação ou da pretensão quanto ao direito sustentado pela contraparte, não haverá cabimento para a estruturação da exceção de direito material. Isso se deve a motivos óbvios. É que a exceção pressupõe, em linguagem pontesiana, o perfazimento de motivos *prius* que ela remeterá.

Assim, a primariedade do exercício do direito do credor, em caso de exceção de adimplemento substancial, sinalizará seu próprio encobrimento.

Fazendo um paralelo entre o direito do credor e o exercício da exceção de adimplemento substancial, tem-se que “a exceção não corta, não objeta, a sua eficácia afirma-se, e a outra eficácia, em virtude disso, fica *encoberta*”.²⁶⁸

Assim ensina Pontes de Miranda:

Quem defende (de-fendere) vai contra o que golpeia, o empuxa (of-fendere; fendere = golpear). Ataque contra ataque: alguém disse, postulou; outrem, que defende, nega. A defesa, dita, também, objeção, contraria a projeção do direito, da pretensão, ou da ação, ou da própria exceção. Um afirma que o direito é, ou foi, ou vai ser; outro, que não é, ou não foi, ou não vai ser. Algumas vezes, ao longo da dimensão de tempo: não é, não foi, não será; outras vezes, admite-se que foi e não é mais (posto que se haja constituído o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, extinguiu-se; e.g., houve pagamento). Aquele mesmo que nega a exceção, que outro opõe, defende-se; não excetua.²⁶⁹

Não menos importante para caracterização da natureza jurídica da exceção substancial frente à defesa é a seguinte explicação de Serpa Lopes:

[...] As exceções substanciais pertencem ao Direito material, ao Direito substantivo, não só em relação à sua própria natureza como em relação ao seu próprio destino, que é o de atingir a ação do autor. Mas o direito deste pode comportar duas espécies de contra-ataque, ou é visado por direito contraposto, estranho ao mérito do pedido nele contido, de modo a travar-se todo combate judicial fora do setor da lide propriamente dita, isto é, por um motivo estranho ao pedido do autor, como é o caso da *exceptio*, ou então o ataque se dirige

²⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 18.

²⁶⁹ Ibid.

diretamente contra a própria pretensão do autor, negando-lhe existência ou outra razão de igual teor, e então temos a defesa.²⁷⁰

É neste exato ponto da doutrina pontesiana que reside a definição da distinção entre defesa, também sintetizada na expressão objeção, e exceção. É por isso que não se concorda plenamente com a concepção de Bussatta que através da leitura do art. 187 do Código Civil indica que a norma ali estabelecida e alinhavada pela boa-fé objetiva faria do adimplemento substancial uma função defensiva.²⁷¹

4.5.1 Do aspecto probatório nas exceções de direito material

Ao esmiuçar a Teoria do adimplemento substancial perfilada na categoria de exceção de direito material, é de se repisar um alerta: apesar de ser uma exceção de direito material, sua operacionalização processual²⁷², mais precisamente nas raias probatórias, torna-se cogente.

A exceção de adimplemento substancial deverá ser veiculada, quando do exercício da pretensão resolutiva, no primeiro momento processual que couber ao devedor alegar o cumprimento substancial do planejamento contratual. Evita-se, dessa forma, a solução drástica para o inadimplemento, qual seja, a resolução do avençado. Frise-se que esse é um ponto nodal, principalmente quando for analisar a distribuição dinâmica do ônus da prova segundo o Novo CPC.

Para o exercício de tal exceção de direito material, deve-se ter em mente que “se o credor, já podendo estar em mora o devedor, alega inadimplemento, o ônus da prova de ter adimplido incube ao devedor.”²⁷³

Segundo preleciona Serpa Lopes:

[...] no domínio da exceção há um ônus, nesse sentido de que o que dela pretenda se prevalecer terá de alegá-la e prová-la, mas não é a isto obrigado, nem nenhuma consequência jurídica poderá lhe resultar em seu prejuízo, a não ser a própria desvantagem de não se ter utilizado daquele remédio para assim conseguir certos objetivos só por ele atingidos. Na figura típica do ônus existe,

²⁷⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pp. 86-87.

²⁷¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.127.

²⁷² Cumpre ressaltar que: “A exceção pode ser exercida tanto em juízo quanto fora dele. Levou-se longo tempo até se compreender que, pelo conceito da exceção de direito material, não poderia ser ela dependente da intimação de pleito”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.16.

²⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.13.

assim, uma necessária correlação entre o cumprimento do ônus e a obtenção de um resultado.²⁷⁴

Sendo assim, é patente que o devedor, ao ser colocado numa situação de resolução por força de adimplemento substancial, alega o *substancial performance* para afastar a resolução do contrato, tendo que suportar o ônus da prova. Mas o que seria o ônus da prova?

Ao se falar em ônus da prova, logo surge a necessidade de dissecar seu conceito no intuito de viabilizar a plena distinção entre ele e outra figura da teoria geral da prova, qual seja, o dever de provar. As lições pontesianas são enfáticas em trazer uma distinção, entre essas duas formas, que assevera:

[...] (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado.²⁷⁵

A quem se concede certo interesse na afirmação é dado, pelo menos em regra, o ônus da prova, vez que tal provar é posto em atenção ao próprio interesse da esfera jurídica do onerado, para que sua afirmação não seja vazia e “caia no vácuo”.²⁷⁶ Assim é que se tem que “o emprego da *exceptio* é um ônus denominado completo, porque unicamente por meio dele pode o titular de um direito negativo obter a paralisação total ou relativa da demanda”.²⁷⁷

Nesse talante, percebe-se que o ápice da figura do ônus da prova se consubstancia dentro do processo, embora seja preexistente. Isso leva à conclusão de que o conceito é ambivalente, não sendo exclusivo à dimensão processual, tampouco à material, mas dos dois âmbitos.²⁷⁸

Quanto à objetividade do ônus da prova nas exceções de direito material, tem-se que “como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos tem que provar, não há discriminação positiva do ônus da prova”.²⁷⁹

²⁷⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.39.

²⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, op.cit., p.410.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ SERPA LOPES, op.cit., p.39.

²⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.412.

²⁷⁹ Ibid., p. 414.

Ora, por ser objetivo, é que processualmente o sistema pretende (ou pretendia, por ocasião do Novo Código de Processo Civil) corrigir eventuais exageros e abusos teratológicos que levem a um processo de insegurança material e processual. “As exceções entram nas afirmações contra a eficácia, porque toda exceção encobre, dilatória ou peremptoriamente, eficácia: *reus in excipiendo fit actor*, porque afirma contra a eficácia e se lhe carrega, portanto, o ônus da prova”.²⁸⁰

É com essa objetividade que a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada e, mais, pode ser corrigida, em seus abusos jurisprudenciais. Será a dogmática, através de sua construção, que poderá apontar os elementos objetivos, os quais, indicados por quem excetua, alegando o reconhecimento da incidência da teoria do adimplemento substancial, terá a resolução afastada do campo negocial.

O problema dessa objetivação é, atualmente, a amplitude interpretativa que o Novo CPC passou a rezar acerca da atividade do Juiz diante da introdução “expressa” da distribuição dinâmica prevista no art. 373 Novo CPC²⁸¹, o que compromete um dos principais elementos de contenção dos abusos na construção jurisprudencial de Teorias como a do adimplemento substancial.

Em verdade, a própria falta de limites ao ativismo judicial, que perpassa pela falta de amarras probatórias, é seu maior inimigo existencial. O pior é que o desenvolvimento brasileiro de Teorias expansionistas de caráter civil-constitucional, a exemplo da Teoria do adimplemento substancial – amparadas no binômio normogenético dignidade humana/solidariedade, amalgamada, na seara civil, em princípios como o da boa-fé objetiva ou função social do contrato – é quem mais sofre com esse descontrole sistêmico.

Mas no que consiste uma distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo CPC?

²⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p. 415.

²⁸¹ O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

4.5.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo CPC

A distribuição dinâmica do ônus da prova, hoje positivada no art. 373 e parágrafos do CPC, coloca o Juiz como parte do conjunto de forças, ou melhor, como parte do processo em si, pelo menos no que diz respeito ao desencadear probatório (desenvolvimento ou progresso) do processo e, o que é pior, da possibilidade quase ilimitada de indicar o fluxo da dinâmica da distribuição do ônus probatório.

Nesses termos, parece que, ao menos em parte, as preocupações de Eduardo da Fonseca Costa ligam um reluzente sinal de alerta ao direcionar sua crítica ao ativismo judicial, asseverando que “não existe exercício de poderes instrutórios bacteriologicamente assépticos”²⁸².

De fato, acredita-se que nada no mundo jurídico é capaz de ser “bacteriologicamente asséptico”, mas o ideal de assepsia, principalmente no processo (direito processual), é algo válido e necessário a ser almejado como instrumento dialógico e convincente, que seja transparente ao revelar a incidência da lei em seu suporte fático.

Nesse sentido, parece não ser tão concludente a certeza de Hugo de Brito Machado Segundo quando diz que:

É falsa a crença segundo a qual a iniciativa do juiz, em matéria de prova, prejudica sua imparcialidade, pois, de plano, se vê que nem sempre se sabe a quem uma prova pode “favorecer”. Uma prova pode aumentar ou diminuir a certeza a respeito da veracidade de afirmações feitas pelo autor, podendo, pois, mesmo dizendo respeito a fato constitutivo de seu direito, “beneficiar” o réu.²⁸³

Seria de bom tom testar-se a citação no caso das exceções de direito material. O favorecimento do réu/devedor (excipiente) seria infinito em relação ao autor/credor (excetuado). Bastaria alegar-se “teoria do adimplemento substancial” e pronto, com muita fé na imparcialidade do magistrado e na sua argumentação retórico-motivadora bastante afiada e, assim, estaria resolvida a situação do réu. Tal posicionamento amesquinha o instituto obrigacional racionalmente constitucionalizado e sintetizado em princípios como o da boa-fé objetiva, vindo a prejudicar a própria funcionalidade do processo e da exceção de direito material.

²⁸² COSTA, Eduardo José Fonseca da. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 23, n. 90. Belo Horizonte: Fórum, pp. 153-173, abr./jun.2015, p. 172.

²⁸³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os poderes instrutórios do juiz no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fred *et al.* **Provas**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.340.

Crítica que também se faz à dinamização do ônus da prova no Novo CPC²⁸⁴ e que serve de grande sustentáculo argumentativo para o diálogo que se faz com a exceção de direito material nesse aspecto, foi posta por Vitor de Paula Ramos, que ao verificar a irrelevância da inovação legislativa sobre tema, disse que:

Em conclusão a dinamização do “ônus” da prova, além de causar problemas de segurança jurídica, mormente no aspecto calculabilidade, não apresenta ganhos reais; isso porque as partes, com ou sem dinamização, sem um dever de provas, acabam levando aos autos somente as provas que lhes favorecem. Assim, a dinamização não promove a maior completude do material probatório não parecendo vantajosa a sua adoção pelo CPC.²⁸⁵

Os pontos de partida colocados por Vitor de Paula são razoáveis, principalmente quando versa sobre a “calculabilidade”, a qual trabalha a ideia da utilidade (eficiência) de um demandante ingressar com uma ação já antevendo as reais possibilidades de êxito, conforme as regras do jogo probatório preestabelecidas.

Segundo o processualista, a falta de rigidez no direcionamento do ônus probatório, logo de partida, encorajaria o “litigante vil” em perseguir sua “pretensão descabida” em juízo, já que pode contar com a sorte da distribuição dinâmica do ônus da prova. Em termos adaptativos do que ora se indica, é de se lembrar que quem excetua assume uma postura ativa, analogamente comparada à posição angular do autor, só que por vias transversas, quando, por óbvio, a exceção de direito material não vier arrimada já no contexto da pretensão autoral ínsita à inicial de um processo.

Na contramão dos que rejeitam a inovação processual, encontra-se Eduardo Cambi. Este a festeja de maneira a afirmar que “a regra do ônus da prova está diretamente relacionada com a formação do convencimento judicial. Ao considerar o direito material em litígio, o juiz pode atenuar ou inverter o ônus probatório”.²⁸⁶

Ora, é exatamente essa perspectiva de Cambi que corrobora, pelo menos para os casos de aplicação das exceções de direito material, para a impossibilidade da distribuição

²⁸⁴ Por óbvio, nota-se aqui, todavia, que nem tudo no novo CPC é criticável, veja-se que o novo diploma processual resolve terminantemente um aspecto ardiloso da aplicação da Teoria do adimplemento substancial vez que, por intermédio do dispositivo esposado no art. 10, é vedada a acolhida da exceção de direito material sem que, no entanto, a parte adversa (credora) não se manifeste acerca de tal argumentação do devedor. Assim, fica patente a defesa plena e conclusiva da proteção aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, no âmbito externo da Teoria do Adimplemento Substancial (leia-se exceção de adimplemento substancial).

²⁸⁵ RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. In: DIDIER JR., Fred *et al.* **Provas**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.273.

²⁸⁶ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: DIDIER JR., Fred *et al.* **Provas**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 538.

dinâmica do ônus da prova. Seria de melhor técnica que os parágrafos do art. 373 do Novo CPC delimitassem os casos em que, de acordo com a dogmática de direito material, haveria incidência da distribuição dinâmica do ônus da prova, se é que existem.

O problema está justamente quando essa distribuição, por força da dinamicidade, supera a ordem probatória insculpida no direito material. Por exemplo, no caso de uma ação fundada no art. 475 do Código Civil na qual se busque a resolução do contrato firmado entre particulares, sem qualquer incidência do permissivo normativo da inversão do ônus da prova (como permite o Código de Defesa do Consumidor), onde um magistrado, vedado em *non liquet*, tendo dúvidas quanto ao caso a ele apresentado, resolva atribuir o ônus de provar que a prestação cobrada é, de fato, substancial ao cobrador.

A dificuldade da dinamização do ônus da prova parece estar, principalmente, na falta de conhecimento dogmático do direito material que, alinhado ao aumento do poder ativista da magistratura, abre um rombo enorme na caixa de pandora jurídica, o que enseja, inclusive, a destruição da própria visão do processo como ferramenta justa/imparcial capaz de resolver e apaziguar os problemas do caso concreto.

A quebra da distribuição estática/prévia reflete a invalidação das regras de direito material que exaurem a teoria do ônus da prova e indicam, de maneira clara, as consequências da falta de prova.²⁸⁷ O ônus da prova antes do Novo CPC era algo certo, firme e seguro, porque previsto no direito material. Hoje, contudo, a regra de desempate, que era própria do encerramento da disputa material ventilada pelas exceções de direito material, só existe em um lugar, na cabeça do magistrado.

Assim, a má legislatura sobre o ônus da prova, sem as minúcias que a matéria sobre provas exige, permite uma piora na processualística e um desmoronamento de todo um sistema de direito material.

Contudo, o momento é de cautela, de vigilância do judiciário e de meditação doutrinária. O ativismo em si não é ruim, mas precisa de freios e contrapesos, inclusive mais fortes e poderosos que seus sopros inovadores, o que é de grande importância para a vitalidade da própria Teoria do adimplemento substancial no sistema jurídico brasileiro. Sem isso, os avanços na órbita civil-constitucional podem ser confundidos com o

²⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.03, p. 414.

judicialismo partidário, o que fere o próprio perfil igualitário que dialoga com o binômio dignidade humana/solidariedade, caríssimo ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Neste ínterim, demonstrada a problemática suscitada pelo Novo CPC, faz-se necessário indicar as balizas para o reconhecimento da incidência da exceção de direito material como forma de compreensão do próprio enfrentamento do ônus da prova. Para tanto, buscando uma construção doutrinária amparada na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tentar-se-á estabelecer os ditames materiais capazes de apoiar o desenvolvimento seguro do reconhecimento da incidência da exceção de adimplemento substancial no Brasil.

5 DAS BALIZAS DE RECONHECIMENTO DO ADIMPLIMENTO SUBSTANCIAL À ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo Lucas Gaspar de Oliveira Martins, em monografia que tratou, ainda que de passagem, acerca das balizas de reconhecimento da incidência da Teoria do Adimplemento Substancial, é possível traçar parâmetros elementares baseados em notas marcadas pelo direito comparado. A primeira dessas notas – identificada, inclusive, em todos os sistemas por ele analisado – foi a gravidade para suplantar o inadimplemento substancial e perfazer-se a quebra do vínculo, algo tanto simplista e que, na prática, pode não dizer muito. Pelo que o referido autor observou do assunto, pode-se concluir que o Direito estrangeiro, principalmente na linha do sistema continental, alinha-se, preferencialmente, a uma visão objetivista do fenômeno.²⁸⁸

Desenvolvendo sua linha de raciocínio, Lucas Gaspar concluiu que:

Com efeito, no que se refere à conduta do devedor deve se levar em conta para fins de valoração da gravidade do incumprimento quando se tratar de trato continuado ou trato sucessivo. Nessa hipótese, o descumprimento doloso ou simplesmente ofensivo à boa-fé objetiva implica em manifesta frustração do interesse objetivo na contratação, tendo em vista o justificado receio de que o devedor voltará a descumprir e nenhum sistema jurídico tem a legitimidade para impor a manutenção deste tipo de avença.²⁸⁹

Nada obstante, é no trabalho de Eduardo Bussatta, amparado pela doutrina italiana, que se vislumbra os primeiros passos para sistematizar um balizamento mais criterioso e condizente com a problemática brasileira da Teoria do Adimplemento Substancial. Segundo o autor, a doutrina italiana ao se debruçar no estudo do art. 1445 do *Codice Civile*, divide-se em duas correntes quais sejam: subjetivista e objetivista.

A corrente subjetivista tem como escopo a valoração da *vontade hipotética* do sujeito contratual não inadimplente. Para tal corrente, a parte prejudicada pelo inadimplemento somente poderia buscar a dissolução do contrato “quando fosse possível concluir que a parte não realizaria a contratação se soubesse ou suspeitasse que tal inadimplemento poderia vir a ocorrer”.²⁹⁰

²⁸⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do Inadimplemento Absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. 121 f. Monografia de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 42.

²⁸⁹ Ibid., p. 59.

²⁹⁰ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.109.

Essa primeira abordagem abre o flanco para fortes críticas, vez que, para além do ficcionismo de se conhecer o conteúdo psíquico/volitivo da parte não inadimplente, quando da celebração do contrato, conduziria, de igual sorte, à necessidade de se “indagar se se levaria em consideração a vontade hipotética concreta ou a uma possível vontade hipotética geral, abstrata, do cidadão comum ou do bom pai de família” quando se buscasse analisar a incidência, ou não, da alegação de incidência do adimplemento substancial no caso concreto.²⁹¹

Por conseguinte, tal corrente fulmina a própria natureza jurídica do instituto, tendo em vista o descompasso com a percepção objetivista do fenômeno, nomeadamente quando se trata de sua veiculação no formato de exceção de direito material e seu subsequente alinhamento com o ônus da prova, como visto no capítulo anterior.

Some-se à crítica ao subjetivismo no reconhecimento da incidência da exceção de adimplemento substancial, o fato de que o próprio substrato principiológico presente na produção e desenvolvimento da aludida Teoria tem como esboço uma situação comportamental de boa-fé que guarda seu fundamento na esguelha objetiva, mais adequada ao direito civil-constitucional, como já repisado, direto ou indiretamente, em várias passagens desta dissertação.

Sendo assim, o critério de balizamento a ser adotado como contribuição deste trabalho à Teoria em análise guarda propensão ao diálogo com a corrente objetivista²⁹². Nesses termos, conforme preleciona Bussatta, o primeiro juízo analítico que o magistrado há de fazer na hora de aplicar o *substantial performance* é a projeção **quantitativa** entre o que foi estabelecido no contrato (dever ser) e o que efetivamente fora cumprido (ser).

Contudo, a aplicação pura, simples e isolada desse juízo analítico, pode, em última instância, provocar grandes injustiças contratuais em algumas hipóteses onde o que fora prestado se aproxima, matematicamente falando, do que fora pactuado, sem que com isso, ontologicamente, haja o preenchimento da eficiência creditícia que se almeja alcançar em toda avença negocial com caráter oneroso. Veja-se, como hipótese básica de tal

²⁹¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.109.

²⁹² Ainda que se assuma referida posição para os propósitos deste trabalho, é verdade que o elemento subjetivo jamais será totalmente excluído das ponderações do jurista. Contudo, os sopros de voluntarismo egoísta, esses sim, são terminantemente afastados das ponderações pautadas pelo raciocínio do direito civil-constitucional que se persegue.

afirmação, a busca da resolução de contratos de baixíssima margem de lucro, onde o real proveito econômico é retirado, apenas, na(s) última(s) parcela(s).

Numa situação tal, pela força do próprio princípio da boa-fé objetiva e seus desdobramentos dogmáticos, fica evidente a necessidade de (re)adequar o raciocínio jurídico diante da Teoria do adimplemento substancial. Eis, aqui, também, um ponto de análise de balizamento na aplicação da *substantial performance*, por óbvio já anunciado ao longo de todo este trabalho – o que justifica sua menção, apenas, de passagem.

Continuando os esforços introdutórios, tem-se que o raciocínio contrário da lógica exemplificada acima também é permitido. É que em muitos casos - máxime quando da existência de um desequilíbrio negocial entre as partes já no advento do negócio jurídico – não é incomum que o esforço da parte inadimplente, a despeito de não representar, matematicamente, uma escassa importância, venha a corroborar com a exata eficiência econômica²⁹³ aguardada pelo credor – leia-se lucro.

Dessa perspectiva casuística é que também se busca alcançar na **causalidade** um dos objetos de balizamento da Teoria do adimplemento substancial a relevar-se. Nesses termos, compreende-se que, para dar solução a certos tipos do tráfico jurídico, o sistema brasileiro dá destaque à causa, a exemplo da exceção do contrato não cumprido e da resolução por inadimplemento, espécies do gênero exceções de direito material.

Nesse diapasão, assevera Bussatta:

Trazendo essa noção de causa à avaliação da significância do inadimplemento, pode-se afirmar que haverá inadimplemento de escassa importância quando, não obstante a lesão ao direito do credor, o contrato mantém a sua função econômico-social, o que significa dizer, o resultado prático perseguido pelas partes, em que pese o inadimplemento ocorrido, efetivamente se realiza. Ao contrário, o inadimplemento será considerado substancial ou de importância quando o fim prático previsto no tipo contratual e buscado pelo agente não for

²⁹³ Note-se que apesar de se tocar em questão de microeconomia ao se falar em “eficiência econômica” – alheias ao conhecimento jurídico - tenta-se, apenas, racionalizar os milhares de casos que chegam à luz do judiciário, sem sair da argumentação exclusivamente jurídica. Para traçar tal argumento/raciocínio o jurista deve aferrar-se, pragmaticamente falando, à confluência ética e axiológica posta pelo Estado Democrático de Direito em águas mansas do mar constitucional, afastando-se, dessa forma, da figura do “homem-calculadora”, que toma decisões e estabelece lógicas contratuais com a nítida consciência de seu papel de agente econômico maximizador. Em outras palavras, ainda que o eficientismo não seja negado no império da lei, ele quase sempre não tem força e quando o tem, não pode ultrapassar os limites morais de uma dada sociedade, em um dado momento histórico. Mesmo em Posner, nome maior da Análise Econômica do Direito, é possível perceber que a “conformidade com a intuição é o teste definitivo de uma teoria moral – **na verdade, de qualquer teoria**” (grifos nossos). In POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.506.

alcançado, de forma que a prestação realizada não conserva a sua utilidade para o credor.²⁹⁴

Da análise do cumprimento da causa é que se buscará provar a nota principal da Teoria do adimplemento substancial, a qual leva à percepção do equilíbrio sinalagmático do contrato, da natureza da obrigação descumprida, do comportamento das partes ao longo de todo o processo histórico-contratual, da duração do inadimplemento e do perfazimento do conteúdo programático contratual nos termos da boa-fé objetiva.

Por fim, é de se observar que o interesse creditório, outra significativa nuance, também pode ser considerada na análise casuística na tentativa de entregar à prática judiciária uma espécie de “mínimo produto viável” do que se entende necessário ao balizamento da Teoria do adimplemento substancial no Brasil.

Todos esses pontos aqui enunciados, inclusive, são relevantes ao desencadear processual analítico probatório, capaz de garantir o reconhecimento da incidência do adimplemento substancial, sobretudo em seu viés de exceção de direito material, com (pelo menos) o mínimo de segurança jurídica e com maior rigor decisório, quando do exercício motivacional da decisão do magistrado, conforme retratado no capítulo anterior.

Em derradeira apreciação introdutória, há de se compreender que tais balizas são (ou deveriam ser), no todo ou em parte, rigidamente analisadas pelo Magistrado que reconhece a incidência do adimplemento substancial no caso concreto. Esse é um clamor da própria segurança jurídica que se pretende garantir no campo processual e material.

É com espreque nessa visão preambular que tentar-se-á desenvolver um trabalho mais aprofundado no delineamento das balizas de reconhecimento da possibilidade de alegação acertada da incidência da exceção e consequente reconhecimento do adimplemento substancial em uma perspectiva objetivista para, ao término, poder testar a correição (ou não) do reconhecimento da Teoria do adimplemento substancial na jurisprudência brasileira, especificamente no Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se que para tal mister, a lógica da concepção interna e externa da Teoria do Adimplemento Substancial, conforme ficou delineado no capítulo imediatamente anterior, serão as linhas mestras que orientarão o espírito de pesquisa acerca do que se

²⁹⁴ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

tem como objeto cerne desta etapa dissertativa conclusiva. Inicie-se, pois, pelo critério quantitativo da perspectiva objetivista de balizamento.

5.1 BALIZA QUANTITATIVA INDICIÁRIA

Quando se fala na questão quantitativa do programa contratual dentro da Teoria do adimplemento substancial de maneira isolada, a lógica utilizada para descrever o atingimento dos preceitos negociais passa por uma análise puramente matemática na qual, por meio de uma pretensa exatidão de cálculos e percentuais – ainda que fria e afastada do plano sociológico onde a relação obrigacional se perfaz - podem determinar, ao menos indiciariamente, como se poderá perceber a incidência, ou não, do adimplemento substancial.

Aqui se compreende que uma metrificação pura do *substantial performance* não contribui para o desenvolvimento de suas potencialidades, vez que contrapõe as possibilidades qualitativas e, sobretudo, principiológicas, que se adequam, ai sim, com a verdadeira vocação de uma Teoria voltada para o desenvolvimento de uma vertente teórica calcada na perspectiva civil-constitucional.

Ora, fica mais do que vedada a tarifação da Teoria do adimplemento substancial, onde o atingimento de um percentual 50%, 80% ou 90% já demonstraria, no plano concreto, suficiência probatória útil à alegação do adimplemento substancial no campo *externo*.

É que tal posicionamento, em que pese objetivo, o que pode indicar *prima facie* uma suposta segurança jurídica para a aplicação da Teoria em análise, tende a ir de encontro à concepção da relação jurídica obrigacional na contemporaneidade, que já não pode ser percebida como uma categoria estanque e afastada da realidade sócio-econômica cuja relação obrigacional já não representa uma mera interação entre polos opostos de luta e pela pretensão creditória.

Noutras palavras, tarifar, metrificar ou matematizar o desenvolvimento de uma teoria expansionista/funcionalista das bases materiais do Direito Civil, como o faz o adimplemento substancial, é retirar-lhe toda vitalidade. Entretanto não se nega, por outra via, que a questão quantitativa, como aqui posta, pode servir de meio indiciário ao reconhecimento da incidência e eficácia do adimplemento substancial. Esse seria o único

motivo para ainda considerar a questão quantitativa como parte do estudo das balizas de reconhecimento do inadimplemento de escassa importância.

Complementando o raciocínio que ora se expõe, pode-se buscar apoio no pensamento de Anelise Becker, a qual é preclara ao afirmar que:

Não existe uma fórmula fixa para determinar o que seja o adimplemento substancial de um contrato. Cabe ao julgador, face às circunstâncias do caso concreto, pesar a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação do interesse do credor. Isto implica em um alargamento dos limites do poder judicial na apreciação do caso concreto, o que, por sua vez, pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico subsuntivo pelo da concreção. Apenas este último método, que utiliza parâmetros concretos para a solução de casos concretos, admite um tipo de construção jurisprudencial como o da doutrina do adimplemento substancial. Decorre daí a necessidade de apurarem-se cada vez mais tais parâmetros (*standards*), pois eles serão os limites para o julgador.²⁹⁵

Nesses termos, precedentes firmados na linha do Recurso Especial de nº. 415971/SP,²⁹⁶ sob a relatoria da Min. Nancy Andrigli, devem ser analisado com ressalvas, posto prestigiar, apenas, o critério quantitativo, restando a motivação do julgado unicamente com base no percentual, sem enfrentar a verdadeira matéria de fundo do *substantial performance*, qual seja, a principiológica e qualitativa em sentido estrito, a serem apresentadas como balizas qualitativas (em sentido amplo) racionais para conferir um padrão de reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial. São nessas balizas também que residem, com maior precisão, os caminhos que deverão trilhar aqueles que terão o ônus probatório de formular e indicar, em argumento, a incidência da *substantial performance* no caso concreto.

Há que se perceber que um desenvolvimento desordenado da Doutrina do adimplemento substancial, sem as citadas balizas qualitativas (em sentido amplo), tem o potencial de acarretar verdadeiros abalos no edifício do direito obrigacional constitucionalizado, sendo capaz de servir de pretexto para toda sorte de iniquidade

²⁹⁵ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 63.

²⁹⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Civil. Art. 1450 do Código Civil. Inadimplemento de contrato de seguro. Falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio. Indenização indevida pelo sinistro ocorrido durante o prazo de suspensão do contrato, motivada pela inadimplência do segurado. - A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não oneração da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado. - Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora. Recurso Especial de nº. 415971 – SP. Teru Miyamoto e Yasuda Marítima Seguros S.A. Relatora Nancy Andrigli. Acórdão de 24.06.2002.

sócioeconômica, enfraquecendo, em última análise, o avanço do Direito Civil-constitucional e do binômio dignidade humana/solidariedade, conforme dito na parte final do capítulo anterior.

Tem-se nítido que o alerta aqui exposto é premente, sobretudo, em tempos de arrefecimento do reconhecimento da incidência do adimplemento substancial pelo Superior Tribunal de Justiça – a ser visto adiante. Destarte, quanto maior a exposição das balizas e parâmetro de reconhecimento do *substantial performance*, maior seu grau de racionalização e menor as chances de deterioração do edifício jurisprudencial até aqui percebido.

Dessa forma, conclui-se que a tentativa de racionalizar o adimplemento substancial está além de meramente estabelecer um patamar quantitativo. Compreendê-lo em sua significância ou a insignificância pode, indiciariamente, passar pela quantidade, mas desemboca, necessariamente, na questão da qualidade prestacional e isso é o que de fato é decisivo para a sustentação da Teoria do adimplemento substancial.

Em última análise pois, é imprescindível alinhar no que consistem as balizas qualitativas (em sentido amplo) para consideração da incidência da Teoria do adimplemento substancial. O balizamento principiológico do adimplemento substancial deve ser o primeiro vetor dessa análise, posto ser nuclear à Teoria e, quando não constatada, tonam-se despiciendas os esforços acerca das demais balizas.

5.2 BALIZA QUALITATIVA PRINCIPIOLÓGICA: A BOA-FÉ OBJETIVA

Ao longo de toda esta dissertação não foram raras as passagens nas quais houve a abordagem do princípio da boa-fé objetiva como orientador da estrutura de desenvolvimento do adimplemento substancial, sobretudo em seu perfil civil-constitucional. Isso, em síntese, deve-se ao fato de que:

O dever geral de boa-fé é atendido quando as partes desempenham suas condutas de modo honesto, leal e correto, evitando causar danos ao outro (dever de proteção) e garantindo o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a negociação (dever de informação) – comportamento que faz florescer laços de confiança entre os contratantes. A boa-fé, por conseguinte, exige a adoção de uma postura proativa, traduzida em esmero, dedicação e

cooperação na relação obrigacional, enfim, tudo o que se espera de uma fraterna convivência.²⁹⁷

É dessa concepção que se tenta partir para uma espécie de organização do escopo/cerne que traduz no referido princípio uma baliza (qualitativa) acerca da racionalização do reconhecimento da incidência *interna* e *externa* do *substantial performance*.

Nessa esteira de raciocínio, entende-se que a boa-fé objetiva é o elemento integrativo e nuclear que cumpre o papel de elo postasentre a baliza indiciária quantitativa e a baliza qualitativa liquidante, sendo, ainda, de considerável importância, pelo fato de: acoplar funcionalização a cada uma dessas balizas, atribuindo-as fluidez e integração.

Portanto, inicialmente coloca-se no âmbito dessa delimitação de bases e espaços da Teoria do adimplemento substancial o que Vivien Lys Porto, auxiliada pela doutrina anglo-saxã, percebeu, ao delimitar a figura da essencialidade do cumprimento ou descumprimento de certo programa obrigacional com fito na boa-fé objetiva, indicando os seguintes aspectos:

(i) a execução parcial será considerada uma inexecução grave se atingir alguma parte essencial do contrato; (ii) uma violação fundamental será valorada se atingir seriamente a quantidade ou a qualidade da obrigação; (iii) uma inexecução do contrato intencional caracteriza uma violação fundamental; (iv) será um inadimplemento grave se a obrigação não for realizada no tempo devido, sendo este requisito fundamental; e (v) as partes podem elencar nas cláusulas contratuais quais obrigações, se cumpridas, configurarão uma violação fundamental.²⁹⁸

Em que pese a falta de desenvolvimento de cada ponto pela citada autora, tem-se que em relação ao elemento (i) – execução parcial como inexecução grave do contrato – ao ser considerado como falha grave diante do princípio em testilha, serve para racionalizar a boa-fé objetiva e, por conseguinte, o próprio adimplemento substancial, quando colocado em destaque a essencialidade do cumprimento motivador da própria existência do contrato.

De maneira mais clara, faz-se uma remissão, ainda que velada, ao aspecto causal das obrigações – melhor delineado adiante – e que se atrela, por motivo organizacional,

²⁹⁷ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2011.178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p.85.

²⁹⁸ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.164.

à existência da Teoria do adimplemento substancial em termos qualitativos liquidantes, passando a deter uma importância própria dentro deste estudo.

Mas, atenção, a imprescindibilidade qualitativa da *substantial performance* está com a boa-fé objetiva, as demais balizas qualitativas (interesse creditório e causa) são elementos liquidantes do reconhecimento do adimplemento substancial no caso concreto.

Quanto ao elemento (ii) colacionado no excerto, faz notar que a quantidade, elemento indicado por Vivian Lys, ao que se pode perceber, dialoga com o tópico quantitativo do balizamento, exposto no item imediatamente anterior deste capítulo. Já a qualidade, por óbvio, é ponto que está contido ao longo de toda e qualquer baliza considerada os fins deste trabalho, sendo uma constante presente nestas balizas, mas não um elemento balizador propriamente dito. É de se abstrair, porquanto, tal elemento.

Por sua vez, a questão da violação do contrato de maneira intencional (elemento iii) denota à questão de má-fé, onde a parte envolvida no enlace obrigacional, de maneira psicologicamente premeditada, orienta seu comportamento com fito a destruir o equilíbrio contratual ou, em última hipótese, destruir o próprio interesse negocial da outra parte.

Contudo, advirta-se que esse aspecto está mais voltado para a boa-fé subjetiva do que propriamente a objetiva, não merecendo atenção deste trabalho, dada sua dificuldade de operabilidade no plano prático vez que perpassa por elementos volitivos/psicológicos da conduta do agente, conforme alinhavado no item 2.3.3 desta dissertação.

Quanto à feição temporal (item iv do excerto), não parece demonstrar grande importância ao desenlace da *substantial performance*, posto não entrar essencialmente na balança de aplicabilidade da boa-fé objetiva para os propósitos da Teoria em análise. Sua externalidade estaria muito mais evidente em concatenação com a baliza quantitativa indiciária, versada no item anterior, sendo secundária ou até prescindível²⁹⁹ como elemento balizador qualitativo principiológico, por isso sua desnecessidade enquanto ponto a ser debruçado dentro da perspectiva balizadora da boa-fé.

Por fim, o último elemento (item v) a caracterizar o adimplemento substancial indicado pela boa-fé objetiva na visão de Vivian Lys, estaria influenciado, diretamente,

²⁹⁹ Seria prescindível quando atrelada a figura do inadimplemento relativo. Remete-se o leitor ao item 3.5 deste trabalho.

pela previsibilidade do elemento reputado como essencial para o perfazimento da estruturação obrigacional e o atingimento de seus fins.

Assim, embora de grande importância para o conteúdo contratual, tal previsibilidade é, aos olhos do balizamento aqui proposto, um ponto em destaque, mas não autossustentável - ao que se pode perceber – diante da Teoria do adimplemento substancial. Guardadas as devidas adaptações, o raciocínio aqui empregado é o mesmo utilizado para a questão das cláusulas resolutórias expressas já trabalhadas no item 4.1.1.

Pelo que se depreende, portanto, desses elementos balizadores da percepção da boa-fé objetiva quanto ao cumprimento do cronograma obrigacional, tem-se que os apontamentos de Vivian Lys não são concludentes e racionalmente atinentes ao perfazimento do balizamento da Teoria do adimplemento substancial, embora se consiga depreender da citação comentada neste tópico, alguns pontos sensíveis à norma principiológica da boa-fé objetiva aplicada à *substantial performance*.

Dessa maneira, acredita-se que seja na funcionalidade da boa-fé objetiva que se encontra, de certo, os pontos compassivos à construção da Teoria do adimplemento substancial. Seriam esses pontos, para os propósitos deste trabalho: (a) boa-fé objetiva como elemento hermenêutico integrador, (b) a boa-fé objetiva como fonte de deveres e direitos e (c) boa-fé objetiva como agente limitador de posições jurídicas inadmissíveis, os quais serão devidamente analisados a seguir.

5.2.1 Boa-fé objetiva como elemento hermenêutico integrador

Quanto ao elemento hermenêutico integrador, tem-se que sua compreensão provém da possibilidade de uma interpretação tópico-sistemática ensejadora da obrigação vista como processo insculpida nos dois primeiros capítulos deste trabalho. Assim, com fito a propor uma rememoração do que ali fora discutido, tem-se que a boa-fé objetiva é como um elemento condutor de uma integração da estrutura do ordenamento cível sem o qual, no que toca ao processo obrigacional, não seria possível compreender a própria existência de referida Teoria expansionista obrigacional.

Acerca desse fenômeno, Marcos Ehrhardt explica que:

À medida que as relações sociais e econômicas vão se mostrando cada vez mais complexas, os deveres relativos ao adimplemento dos vínculos obrigacionais daí decorrentes ampliam-se, desdobrando-se em diversos matizes, podendo surgir antes mesmo de vir a se concretizar a obrigação ou

mesmo em hipóteses nas quais a obrigação nem virá a se concretizar. Tais deveres também se manifestam ao longo de toda a existência da relação, orientando-se sempre pela busca do melhor proveito possível, o que pode ensejar que alguns de seus aspectos perdurem mesmo após o adimplemento das prestações principais.³⁰⁰

Nesta linha, é sabido que do elemento integrativo e vinculado ao aspecto fenomênico da boa-fé objetiva, tem-se que o instrumento contratual, é entabulado pelo retrato de uma relação obrigacional talhada em negócio jurídico, a qual “não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado”.³⁰¹

Ora, dessa interação volitiva é que se consegue integrar e mesmo legitimar o desenvolvimento de uma Teoria do adimplemento substancial no contexto jurídico brasileiro. Sem essa análise, a busca dogmática morreria de inanição. Isso se deve ao fato de que a boa-fé objetiva é:

Entranhada no comportamento do contratante, capaz de exigir, deles, uma postura que sobrepassa a singela idéia de ser o contrato apenas uma auto-regulamentação de interesses contrapostos, um instrumento de composição de interesses privados antagônicos. O comportamento delineado pelo atributo da boa-fé objetiva é um comportamento tal que faz transcender a noção de colaboração entre os que contratam, antes de mais nada. E que os faz, por isso, mais leais, reciprocamente, mais cuidadosos e mais solidários na persecução da finalidade contratual comum.³⁰²

Nada obstante, é válido ressaltar que apesar da boa-fé possuir a referida função integrativa, há de se advertir que a interpretação integradora e a própria abertura da hermenêutica dentro do sistema cível, apesar de afins, não se confundem.

Nesses termos, conforme explica Couto e Silva:

Em muitos casos, é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora. É certo que tal forma de interpretação serve, realmente, para aumentar o conteúdo do negócio jurídico; mas, por outro lado, não é menos exato que se adstringe, tão somente, à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativo) dos partícipes da relação, e alcançando todos os

³⁰⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2011.178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p.87.

³⁰¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, pp.35-36.

³⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado. Superando a Crise e Renovando Princípios, no início do Vigésimo Primeiro Século, ao Tempo da Transição Legislativa Civil Brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução Crítica ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.124-125.

momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações.³⁰³

Sendo produto direto da boa-fé objetiva, é certo que a funcionalização da estrutura do direito privado brasileiro é matéria de ordem prioritária dentro do direito Civil-constitucional sem o qual, dificilmente, perceberia o desenvolvimento de expansões teóricas tais como a que é percebida no adimplemento substancial.

5.2.2 A boa-fé objetiva como fonte de deveres e direitos

Quanto ao ponto “b”, já trabalhado especificamente no item 3.3 desta dissertação, tem-se que numa esfera hermenêutica integrativa, ao ser insculpida pelo princípio da boa-fé objetiva, é possível depreender a possibilidade de desdobramentos decorrentes da concepção que guarda o referido princípio, um dever geral de conduta. Tais desdobramentos são produtos de uma análise específica da boa-fé objetiva, vista como um encargo amplo e consistente que veicula: proteção, esclarecimento (ou informação) e lealdade.

Assim, justamente por força dos mencionados desdobramentos da boa-fé objetiva enquanto dever geral de conduta é que não se permite que haja a percepção do adimplemento substancial quando houver uma fissura obrigacional que mire na violação desse dever. O raciocínio na via contrária também é permitido, havendo ranhura ao adimplemento substancial, por óbvio, não se pode haver por respeitado o dever geral de conduta.

Destarte, pode-se inferir que a tríade oriunda do dever geral de conduta é de grande importância para o balizamento reconhecedor da incidência da teoria do adimplemento substancial, afirmação que se faz por revelar um simplismo nem sempre reconhecido quando se analisa esses dados de maneira apartada.

Também dentro da análise do ponto “b”, elencado como atributo fundamental para qualitativamente apresentar a boa-fé objetiva como baliza de reconhecimento judicial da incidência da Teoria do adimplemento substancial, é imprescindível abordar – ainda que de passagem – a questão coligada aos deveres engendrados pelo referido princípio, quais sejam: os direitos. É que a boa-fé objetiva, para além de criar deveres para as partes,

³⁰³ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p. 36.

enseja, noutra vertente, direitos que garantem a posição e o equilíbrio das relações obrigacionais, numa perspectiva dotada de sinalagmaticidade.

Em verdade, o que ora se retrata é o reflexo direto do *correspondência* de direitos e deveres que Marcos Bernardes de Mello aborda ao tratar da esquematização da relação jurídica e suas categorias eficaciais. Nesse sentido, tem-se que “todo direito corresponde um dever e, reciprocamente, a todo dever corresponde um direito”.³⁰⁴

Assim, quando se tem o dever de proteger, tem-se, por outro lado, o direito de ser protegido. É isso que faz com que a boa-fé objetiva crie nos sujeitos obrigacionais a possibilidade de proteger tal princípio de maneira proativa e reativa, independentemente da posição jurídica inicialmente ocupada na relação obrigacional engendrada em complexidade.

Contudo, dessa relação – entre direitos e deveres – que se pode partir para a terceira e última função da boa-fé objetiva na linha do balizamento qualitativo principiológico do adimplemento substancial: boa-fé objetiva como agente limitador de posições jurídicas inadmissíveis.

5.2.3 Boa-fé objetiva como agente limitador de posições jurídicas inadmissíveis

Quanto à percepção do princípio da boa-fé como um agente delimitador das posições jurídicas, é possível dele se depreender ao menos quatro limitadores amplamente reconhecidos pela tradição civilística: *venire contra factum proprium*, *surrectio*, *supressio* e *tu quoque*.

Antes, conquanto, de se descrever cada um desses pontos, cabe consignar que os quatro agentes limitadores de posições jurídicas elencados acima – ao que se pode compreender das possibilidades fenomênicas da boa-fé objetiva – não encerram, em si, as únicas possibilidades delimitadoras da posição obrigacional.

Isso se deve ao fato, por exemplo, de Teorias como a do adimplemento substancial também possuírem a funcionalidade delimitadora que se espera de cada um desses agentes de circunscrição das posições jurídicas.

³⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181.

Nada obstante, é de significativa importância que se compreenda que tais limitações de posição podem estar concomitantemente presentes na perturbação da relação obrigacional ao lado de Teorias como a do adimplemento substancial. Há portanto, um mutualismo entre o adimplemento substancial e cada um deles.

Veja-se, por exemplo, que não raras vezes são traçados um esboço de incidência de adimplemento substancial concatenando seu reconhecimento ao respeito no que reza uma dessas limitações, como é o caso do clássico precedente insculpido na *ratio decidendi* do Recurso Especial 76362 – MT, melhor analisado a seguir, onde se visualizou a incidência simultânea do adimplemento substancial e do *venire contra factum proprium*.

Posto isso, há de se ter em mente uma breve delimitação das referidas figuras. Quanto ao *venire contra factum proprium*, tem-se, segundo Menezes Cordeiro, que é sintetizado em dois comportamentos lícitos – à primeira vista – e diferidos no tempo, mas que quando sobrepostos ou abalroados, revelam uma contradição.³⁰⁵

Ao que se pode depreender, o embate entre tais comportamentos é capaz de provocar um ilícito relativo, dada a quebra de um dos deveres emanados da boa-fé objetiva. Para melhor observar essas possibilidades de conflitos entre posições lícitas que podem desaguar numa conduta vedada, é de bom alvitre indicar trecho de lição de Menezes Cordeiro que indica que:

[...] há *venire contra factum proprium*, em primeira linha, numa de duas situações: quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e depois, se negue.³⁰⁶

Tais possibilidades marcam – numa análise civil-constitucional – a vedação do ordenamento jurídico a hipóteses que veiculem contrassensos, tendo em vista que “a incoerência já não é mais vista como expressão invulnerável de uma liberdade individual ilimitada”.³⁰⁷

Veja-se que, nesse caso, a diferença entre o *venire contra factum proprium* e a Teoria do adimplemento substancial está no atributo de que o primeiro protege a relação jurídica de condutas contraditórias, enquanto o segundo firma-se pela proteção de

³⁰⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p.746.

³⁰⁶ Ibid., p.747.

³⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 64.

eventuais excessos de conduta do sujeito obrigacional em sua pretensão resolutória, pouco importando a contradição em si.

Quanto à *supressio*, define Menezes Cordeiro como sendo “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”.³⁰⁸ Alguns doutrinadores, ainda, acrescentam à formula do instituto em comento a possibilidade sancionatória que implica em tolher as ações de certos sujeitos obrigacionais que trilham pela linha da deslealdade e da torpeza.³⁰⁹

Já a irmã siamesa da *supressio* corresponderia à figura da *surrectio*, a qual consiste no acréscimo de liberdade na posição de um sujeito obrigacional capaz de incluir um direito em sua esfera jurídica. Veja-se que tal adição provém da *supressio* correspondente à esfera jurídica de um segundo sujeito que com o primeiro – beneficiário da *surrectio* – relaciona-se. Em termos mais precisos, tem-se com isso o “surgimento de um direito que antes não existia juridicamente, mas que na efetividade social sempre existiu”.³¹⁰

É como se houvesse um sistema de *output* e *input*, cujo liame seria o princípio da boa-fé objetiva capaz de permitir a pavimentação da retirada e do posterior acréscimo de direitos numa lógica que faz limitar a posição jurídica que passara a ser inadmissível com o desenrolar histórico de dada relação jurídico-obrigacional.

Dessa feita, tem-se que enquanto a *supressio* e a *surrectio* estariam umbilicalmente ligadas ao acréscimo ou supressão de direitos via posição jurídica fixada pelos sujeitos obrigacionais ao longo de um histórico referendado pelas posturas presumivelmente concordantes de todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica.

O adimplemento substancial estaria conectado à intensidade em que o cronograma obrigacional fora desenvolvido, mesmo a despeito da inexistência de presunção de anuência (a qualquer tempo da relação obrigacional) do polo credor da relação

³⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p.797.

³⁰⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (*supressio*). **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 53. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pp. 117-140, jul./set. 2014, p. 118.

³¹⁰ DICKSTEIN, Marcelo. **A boa fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: Supressio e Surrectio**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.123.

obrigacional com a amplitude do cumprimento obrigacional para fins de obstar a resolução do contrato.

Por fim, apresenta-se o instituto do *tu quoque*, que provém da expressão literária (*tu quoque, fili mi*, “tu também, meu filho”), supostamente atribuída à Júlio César, quando descobriu a participação de Bruto em conspiração contra o Imperador. Diz-se que Bruto era próximo ao Imperador romano e que alguns romanistas reputam ser seu filho, conforme narrativa de Vítor Pimentel Pereira.³¹¹ A expressão também foi utilizada para expressar “uma acusação que se faz ao indivíduo que defende uma determinada posição de inconsistência ou divórcio entre suas afirmações (ou práticas) atuais e uma sua afirmação anterior, de modo a persuadir uma audiência de que sua posição é falsa”.³¹²

No que pertence ao Mundo Jurídico, tem-se, segundo Menezes Cordeiro, que *tu quoque* seria o reflexo de um regramento no qual, determinado sujeito obrigacional, que vá de encontro a certo *mandamus*, não possa, sem ferir a própria boa-fé objetiva, exigir de outrem, que com ele se relacione, atitude diferente daquela que ele como infrator praticou.³¹³

É patente a distinção dessa posição com o adimplemento substancial, visto que no *tu quoque* existiria uma espécie de responsividade na conduta das partes que implicaria em impossibilidade de inexistência de se cobrar de um sujeito obrigacional uma postura distinta do que se pratica, enquanto no caso do adimplemento substancial o foco é, conforme dito acima, analisar a intensidade de dada prestação para os propósitos de adimplemento para fins de impedimento de resolução contratual.

Assim, em conclusão, tem-se que o adimplemento substancial é, também, ao lado das quatro figuras acima delimitadas e através da boa-fé objetiva, uma forma patente de delimitar as posições jurídicas inadmissíveis.

Enfrentadas as funções da boa-fé objetiva como agente balizador do raciocínio do jurista ao encontrar a incidência (ou não) da Teoria do adimplemento substancial, percebe-se, portanto, que é chegado momento de traçar as linhas do último grupo de

³¹¹ PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. **Revista Quaestio Iuris**, vol.01, n. 02. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, pp. 360-402, 2005, p. 362.

³¹² Ibid., p. 363.

³¹³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p.837.

balizas qualitativas, aquelas que se convencionou chamar de balizas qualitativas liquidantes.

5.3 BALIZAS QUALITATIVAS LIQUIDANTES

Ultrapassadas as balizas quantitativas indiciárias, meramente matemáticas ou metrificadoras do adimplemento substancial, como também as balizas qualitativas principiológicas, núcleo elementar que perpassa a lógica sobre a qual recaí as bases da *substantial performance*, é chegada a hora de indicar as últimas raias metodológicas capazes de confirmar o desenvolvimento da Teoria do adimplemento substancial.

Antes, contudo, é de se salientar que dificilmente se encontrará, ainda que de passagem, todas as etapas balizadoras do reconhecimento da incidência,³¹⁴ interna ou externa, do adimplemento substancial de uma só vez, quando da análise jurisprudencial do referido fenômeno doutrinário.

Tal completude no balizamento do adimplemento substancial, em verdade, seria a situação ideal, longe de espelhar a situação real da Teoria em solo pátrio.³¹⁵ A esse ponto reputa-se o dever – se não inovador, ao menos organizador – das linhas teóricas desta dissertação em contribuir para a melhoria e o aperfeiçoamento do objeto analítico ora enfrentado.

De toda sorte, este é o momento de indicar quais seriam as bases liquidantes para reconhecimento da incidência. Aqui cumpre um último alerta: é desejável que sempre haja a análise do interesse creditório ou a análise da causa para garantir a firmeza no reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial.

5.3.1 Interesse Creditório

Quando se fala em adimplemento substancial, é de extrema valia afastar de sua órbita teórica qualquer possibilidade, ainda que mínima, de se perfazer no âmbito da relação obrigacional o que se compreende como “resolução por perda do interesse do credor”. Segundo Ruy Rosado ter-se-ia que o fundamento para essa resolução está “na falta de interesse jurídico e social pela conservação de contrato que apresenta qualidades

³¹⁴ A exceção à essa constatação seria o Recurso Especial 76362/MT.

³¹⁵ Optou-se, por apreço ao debate analisar o caso mais emblemático que inaugura de forma categórica o desrespeito a essas balizas, mais precisamente a baliza qualitativa principiológica, qual seja, o Recurso Especial de nº. 1622555/MG.

negativas, em prejuízo das partes, especialmente do credor, com a indefinição decorrente da recusa de prestação retardada”.³¹⁶

É dessa observação que se pode compreender o motivo da relevância do tema “interesse creditório” para a o âmbito do balizamento do adimplemento substancial, tendo em vista que ele seria uma espécie de reagente jurídico que indica a qualidade da substância obrigacional a ser observada no plano prático.

Em termos mais exatos, pode-se dizer que analisados todos os pontos balizadores até aqui descritos, chegando-se à questão da manutenção, ou não, do interesse do credor na relação obrigacional, fica indicado que, se a questão da mora, em termos de inadimplemento relativo, perfaz-se em inadimplemento absoluto ou, do contrário, se tendeu à se estabilizar na figura do adimplemento substancial como um terceiro gênero dentro da alameda da perturbação das relações obrigacionais ou, ainda, no cumprimento definitivo do contrato.

É nesse diapasão que a questão da transfiguração do adimplemento relativo – região transitória/instável da alameda da perturbação das relações obrigacionais – passa a se estabilizar em definitivo. Para configurar esse raciocínio em algo mais concreto, principalmente no âmbito da distinção entre inadimplemento absoluto e adimplemento substancial, tem-se que o ponto fulcral a ser desenvolvido, neste ínterim, trata-se em desenvolver uma certa racionalização acerca da utilidade, como elemento ínsito ao próprio conceito de interesse, a qual deriva:

[...] Da capacidade da coisa ou do ato em satisfazer o interesse do credor, temos que a prestação inútil – que pode ser enjeitada e levar à resolução do contrato e mais perdas e danos – é a feita com atraso ou imperfeições tais que ofendam substancialmente a obrigação, provocando o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade.³¹⁷

Arrematando essa ideia, tem-se, portanto, que o interesse seria a vinculação relacional da obrigação que se perfaz entre “o sujeito credor e a prestação prometida”, a tal ponto que se consegue retirar de tal vínculo a possibilidade do próprio interesse do credor na prestação.

Dessa forma, se o histórico obrigacional leva a dissociar o credor do interesse, justo no momento de consideração prestacional, ter-se-á uma prestação inútil. Assim, a

³¹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 115.

³¹⁷ Ibid., p. 132.

sinalagmaticidade obrigacional, que impõe um equilíbrio de oportunidade e anseios entre as partes, mesmo em momentos extremos – de instabilidade relacional como é o caso da mora – é marcada pela própria preservação da natureza contratual vislumbrada na experiência comum. Se esse traço se esvai, desaparece, de igual sorte, o interesse do credor.

Contudo, há de se ressaltar que o interesse, por força de seu perfazimento funcional, tem em sua estrutura um desenvolvimento que deve guardar plena objetividade, ainda que o elemento subjetivo não seja totalmente descartado da análise.

Melhor se explica. Quando se fala, no contexto do interesse, em elemento subjetivo, não se está a anunciar um subjetivismo puro e simples que remeteria à questão da resolução ao sentimento, ideia e vontade da parte que pretende resolver certo instrumento obrigacional. Aqui – com perdão da contradição em termos – tem-se uma visão objetiva da subjetividade. Buscando arrimo à ideia alinhavada, tem-se que se concorda com o que expôs Chueiri em sua dissertação ao afirmar que:

Se, de um lado, parece que o interesse deva ser considerado por um critério objetivo, de outro, o foco subjetivo não pode ser desconsiderado completamente, já que a análise objetiva precisa considerar as circunstâncias que permeiam a relação contratual, inclusas aí a condição pessoal do lesado pelo inadimplemento, o que poderá ajudar a demonstrar qual era sua expectativa legítima em relação ao contrato.³¹⁸

Tal perspectiva provém da análise clara das lições de Ruy Rosado que ao enfrentar o tema na órbita obrigacional, indicou que os dados a serem considerados seriam:

[...] os elementos *objetivos*, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento *subjetivo*, que reside na necessidade existente no credor em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa. Não os motivos ou os desejos que, eventualmente, o animavam, mas a expectativa resultante dos dados fornecidos pelos contrato, por isso legítima.³¹⁹

Nesses termos, parece possível afirmar que a forma elementar para a sustentação de uma relação obrigacional, ainda que turbada pela mora (tempo, lugar ou forma), está diretamente vinculada a um equilíbrio objetivamente posto que permite uma certa confluência entre, de um lado, a expectativa objetiva do programa contratual, depositada no elemento da liberalidade programada pelo sistema cível na figura do elemento volitivo

³¹⁸ CHUEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.111.

³¹⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 133.

e, do outro, a os pontos cruciais que o próprio sistema jurídico entende pertinentes à genética factual que deu azo à juridicidade obrigacional propulsora do pacto sinalagmatically entabulado.

Daí decorre que a “carência do credor”, capaz de dar azo à resolução contratual, é diretamente proporcional ao elemento volitivo controlado pela atividade prestacional que justifica a razão de ser (juridicamente relevante de certos fatos), de tal sorte que “se a prestação, assim como vier a ser executada, já não atende à carência que seria satisfeita com a prestação prometida, diminui ou desaparece o interesse do credor em receber a prestação”.³²⁰

Contudo, neste particular, há de se advertir que a “carência do credor”, nos termos das lições de Ruy Rosado, trata-se da legítima expectativa, objetivamente posta quando do advento do negócio jurídico, o qual, segundo preleciona o autor, não seriam, em absoluto, para o credor “os motivos ou os desejos que, eventualmente, o animavam, mas a expectativa resultante dos dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso legítima”.³²¹

Ademais, dando impressões particulares a essas notas, tem-se que adotar, quando dessa busca do interesse legítimo do credor, uma objetividade que exige uma lógica amparada no que um homem médio esperava do pacto negocial, não bastando, apenas, mera declaração do credor, mas sua conduta, atos e omissões no antes, durante e depois do inadimplemento relativo/mora, admitindo, em todo caso, prova em contrário do devedor em face de toda e qualquer alegação do credor.

Na esteira desse raciocínio, complementando em termos mais objetivos o que se indica, tem-se que a constatação que avalia a possibilidade do perfazimento da resolução, decorre, de igual sorte, do nexo de causalidade que, segundo Gabriel Rocha Furtado existe entre a mora e a perda da utilidade a qual se perfaz pela análise do que ele denomina de inadimplemento essencial,³²² conceito indeterminado que o referido estudioso do tema tenta avaliar segundo as seguintes ponderações:

³²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 133.

³²¹ Ibid.

³²² O inadimplemento essencial também é denominado pela doutrina de inadimplemento fundamental, como o faz Fabíola Albuquerque, a qual assevera que: “(...)o inadimplemento fundamental diz respeito a um conceito aberto, dotado de vagueza semântica que exige do intérprete um trabalho hermenêutico, de modo, a ponderar/balancear os interesses no caso concreto.” In: SANTOS, Fabíola Albuquerque. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In:

(a) o inadimplemento priva substancialmente a parte prejudicada daquilo que ela poderia esperar do contrato; (b) o adimplemento nos exatos termos das obrigações não cumpridas é da essência do contrato; (c) o inadimplemento doloso ou culposos; (d) o inadimplemento dá a parte prejudicada motivo para acreditar que ela não pode confiar no adimplemento futuro da outra parte; (e) a parte inadimplente sofrerá excessivas perdas em consequência da preparação para o adimplemento ou dele próprio, caso o contrato seja extinto.³²³

Ora, desses pontos, pretensamente racionalizadores do raciocínio casuísta do julgador, é possível perceber, mais especificamente em relação aos dois primeiros e ao último elemento arrolados, a indicação dos aspectos objetivos da perda do interesse os quais, transversalmente, também tocam outra importante baliza conclusiva, qual seja, a causa, próxima baliza a ser avaliada.

Antes, contudo, cumpre indicar que os elementos “c” e “d”, acima colacionados, são de pouca ou nenhuma serventia para os propósitos deste trabalho, uma vez que em relação ao ponto “c”, esse não guarda qualquer relação com o núcleo formador do inadimplemento (em sentido amplo) – conforme indicado no item 3.4 desta dissertação. Já o ponto “d”, por sua vez, cria uma presunção que não é depreendida, *prima facie*, de um sistema jurídico civil-constitucional. Noutras palavras: uma vez inadimplente, nem sempre inadimplente.³²⁴

5.3.2 Causa³²⁵

Quanto à causa, numa primeira acepção, tem-se que seu desenvolvimento é colocado como um substrato lógico cuja função seria ligar a ação (ou mesmo a inação) do devedor, ao resultado contrário ao cumprimento obrigacional.³²⁶

Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 233-243, p. 237.

³²³ FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e Inadimplemento Substancial**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

³²⁴ Não se pode presumir que uma vez devedor o indivíduo sempre o será. Tal sanção penaliza o inadimplente eventual a tal ponto que leva-o a uma espécie de ostracismo negocial. Veja-se que tal prática, sobretudo no âmbito das relações de consumo com instituições bancárias, no Brasil, mostra-se perniciosa ao próprio desenvolvimento econômico. No âmbito empresarial parece não ser diferente, uma vez que uma pequena empresa perde o lastro creditório, todas as portas se fecham para o acesso creditório em instituições financeiras oficiais, ficando o pequeno empresário a mercê de meios pouco ortodoxos para resolver seu problema de crédito.

³²⁵ Para um maior aprofundamento na amplitude de perspectivas que o tema pode tomar vide: CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. In: **Revista de direito do consumidor**, v. 23, n. 93, p. 209- 229, maio/jun. 2014; KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. In: **Revista trimestral de direito civil**, v. 11, n. 43, p. 33-75, jul./set. 2010 e MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativa: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. In: **Ajuris**, v. 16, n. 45, p. 213-244, mar. 1989

³²⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 111.

Nessas linhas, há de se ressaltar que a ideia da causa dentro do arranjo dogmático da Teoria do adimplemento substancial, assemelha estar presa à noção de nexo causal ínsita à resolução, a qual pressupõe imputação pelo descumprimento obrigacional ao sujeito devedor de dado modal referencial do bem da vida transacionado.

Tal noção, quando atrelada à resolução, conforme alinhavado, é amparada na perspectiva de causa como elemento capaz de gerar sanção ao agente sustentador do ilícito, figura essa de responsabilidade civil contratual forjada para sancionar o inadimplemento.³²⁷

Assim, expõe-se que a resolução e as perdas e danos estariam, por força da causalidade, ligadas à “imputação objetiva” albergada na ideia de “causa eficiente”³²⁸ de responsabilidade do agente inadimplente e que causa verdadeiro estrago na boa-fé objetiva.

Ora, tal amarração pressupõe que ocorra por via da teoria da causalidade adequada,³²⁹ a qual, ainda que de maneira mais branda, possibilita marcar o adimplemento substancial e sua consequente utilização como exceção de direito material, dada a insignificância do que fora descumprido.

Nesses termos, explica Ruy Rosado que: “(...) para fazer essa imputação objetiva, a melhor via é a da teoria da causalidade adequada, que permite ao legislador atribuir o resultado causado por uma ação humana, quando dita ação criou um perigo juridicamente desaprovado, que se realizou em um resultado típico”.³³⁰ Parece que esse é o cerne da questão até aqui posta.

Em assim o sendo, a confirmação da imputação deve ser totalmente preenchida com a força do ilícito fulcral/adequado/apto a ensejar a tipicidade plena que pressupõe a última *ratio* no âmbito do direito privado, qual seja, a resolução do contrato. É patente, pois, a adoção de níveis de inadimplemento, cujo o insignificante não permitiria o desenvolvimento pleno da sanção insculpida no art.475 do CC, mais precisamente em relação a resolução contratual.

³²⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 41.

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Acerca da referida teoria, vide: E SILVA, Roberto de Abreu. **A falta contra a legalidade constitucional**. Editora Lumen Juris, 2009, pp. 162-163.

³³⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 113.

Ademais, a “dosimetria da pena” em matéria de ilícito contratual deve, em síntese, ser escalonada em sua intensidade sancionatória, assim como o é no campo da responsabilidade aquiliana, cuja incidência do art.944 do Código Civil impõe em seu *caput* que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Em adaptação de raciocínio, tem-se que a força sancionatória dentro de um ilícito relativo (contratual) deve ser, do mesmo modo, diretamente proporcional ao grau de significância do descumprimento obrigacional.

Nessa mesma linha, encontra-se o artigos 413, do Código Civil, que preleciona: “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Acerca de tal artigo, Judith Martins-Costa indicou que:

[...] (a redução do montante estabelecido está) direcionando o aplicador a um juízo de equidade – vale dizer, de moderação ou razoabilidade – a ser proferido sobre a regra derivada da *lex privata*, isto é, do contrato. Não se trata, pois, de “substituir” o regramento derivado da autonomia privada por outro, mas sim o dever de amoldar o que está excessivo a parâmetros razoáveis.³³¹

De fato, amparando-se numa busca sistemática de compreensão do Direito Civil-constitucional, é premente compreender que a ponderação que pressupõe o calibre da sanção em caso de inadimplemento é medida que encontra-se presente na Teoria do adimplemento substancial.

De outra sorte, num segundo significado para a causa, há de se ressaltar, quanto à fixação efetiva do inadimplemento – para fins de incidência da Teoria do adimplemento substancial – que sua presença também se perfaz quanto à análise da corresponsabilidade prestacional do que fora efetivamente cumprido, segundo o plano obrigacional previamente estabelecido na pactuação.

Portanto, é necessário compreender que a corresponsabilidade fixada nos contratos, marca-os como instrumentos jurídicos dotados de causa(s) (negociais), nos quais se consegue arregimentar uma cadeia (curta ou longa) de sucessivas prestações e contraprestações que sustentam a gradação do desenvolvimento do cronograma obrigacional pré-fixado no contrato.

Contudo, conforme esclarece Maria Celina de Moraes, tem-se que:

³³¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. **Do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II. Arts. 389 a 420.

A correspectividade, se não é critério suficiente para a especificação dos contratos ditos unilaterais (porque, nesse caso, o que releva é, exatamente, a sua ausência), coloca-se, nos contratos com prestações correspectivas, como elemento indicador da causa do contrato, na medida em que indica entre quais prestações corre o nexo de sinalagmaticidade, permitindo, desta forma, que se indiquem os efeitos essenciais em cada tipo.³³²

Ademais, para Maria Celina Bodin de Moraes, seguindo orientação em leituras da obra do italiano Guido Biscontini, demonstra que a correspectividade supostamente gera uma “interdependência” entre as (pres)upostas reciprocidades que se extrai dos interesses dos agentes contratuais.

Por óbvio, essa perspectiva de correspectividade causal seria apenas uma projeção da perspectiva de causa como um elemento formatador das obrigações e, porque não, do próprio contrato.

Isso porque a causa, no sentido de elemento formador do negócio jurídico, é adstrita ao plano da existência, enquanto o direito formativo resolutório que serve de base para a fixação do adimplemento substancial, por ser efeito, encontra-se no plano de eficácia. Assim, assiste razão a observação que fez Pontes de Miranda ao recriminar o erro em considerar a causa do contrato no momento resolutório. Assim explica o jurista:

A causa, quando se exercitam direitos formativos, ficou atrás, ao tempo em que se criaram esses direitos (direitos são efeitos). O caminho está predeterminado; quem exerce o direito só percorre. Causa deve ter havido, ou, no passado, faltou, ou se pode abstrair da causa; porém falar-se de causa quanto ao exercício dos direitos formativos criativos, modificativo, ou extintivos, é transplantar para o plano da eficácia problema que pertence ao plano da existência do negócio jurídico.³³³

Para que se afaste qualquer possibilidade de confusão, tem-se que a correspectividade da causa seria, apenas e para os propósitos de confirmação/balizamento da Teoria do adimplemento substancial, conforme dito, uma projeção, que deve ser colocada em níveis de intensidade quanto ao atingimento do sentido funcional da evença originariamente traçada, chamada também de causa final ou simplesmente finalidade obrigacional – terceiro e último significado de causa e que seria compreendida nas lições de Antônio Junqueira da seguinte forma:

No significado de causa final, há, porém, ainda, uma duplicidade. Se se adota a concepção de Capitant, ou outra próxima, em que a causa é o fim que resulta objetivamente do negócio, a causa do negócio é a “causa concreta”, o fim de cada negócio individualizado. Se se adota a concepção de causa-função, trata-se de “causa abstrata”, causa típica. Ora, por uma questão de clareza, é

³³² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 309.

³³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v.03, p. 162.

preferível deixar a expressão causa final reservada a somente um desses significados, de preferência o último, em que a palavra causa está mais generalizada e onde é mais fácil substituição. No outro significado, a causa concreta é, na verdade, “o fim do negócio jurídico”. Esta é a melhor expressão.³³⁴

Ao comentar tal excerto, Chueiri explica que “entretanto, o sentido em que se busca analisar a causa para a verificação do adimplemento substancial atina mais à ideia de individualização do contrato do que à de abstração dele. A ideia de “fim do negócio jurídico” de Junqueira, portanto, parece mais relevante”.³³⁵ Ressalte-se, todavia, que somente se adere a tais conclusões, caso se colocar no âmbito da ideia de fim do negócio jurídico questões prestacionais legítimas/lícitas que não desnaturem os deveres gerais de conduta, a exemplo da boa-fé objetiva. Do contrário, todo o desenvolvimento teórico até aqui traçado viraria fumaça retórica e nada mais.

Aprofundando o que ora se apresenta, é precisamente com Couto e Silva, dentro da temática da obrigação como processo, que é possível compreender que “não se deve pensar que a “complexidade” do desenvolvimento do vínculo esteja condicionada à extensão da inserção do fim no suporte fático do negócio jurídico. A hermenêutica e a categoria do ato é que darão a medida do desenvolvimento do processo até o adimplemento total”.³³⁶ Tal conclusão faz com que a causa, enquanto finalidade, tenha papel mais secundário dentre os três sentidos aqui apresentados.

Posto isso, passar-se-á, neste íterim, ao desenvolvimento da análise pontual de quatro julgados paradigmáticos que podem trazer grandes contribuições para a contextualização prática dos elementos indicativos da incidência da Teoria do Adimplemento substancial no Brasil.

5.4 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E A PRÁTICA JUDICIÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seja pelo fato de ainda não se ter uma doutrina madura acerca da temática, seja pela falta de rigor instrumental no uso da Teoria do adimplemento substancial pelos

³³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções e formação da declaração negocial**. São Paulo: [s.n.], p. 128.

³³⁵ CHUEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.121.

³³⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pp.63-64.

próprios Tribunais, a verdade é que não raras as vezes o uso de referida figura obrigacional se faz de maneira acrítica e sem uma metodologia clara, acabando por enfraquecer a sedimentação jurisprudencial necessária ao próprio amadurecimento do direito civil contemporâneo, a exemplo do que ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, órgão que deveria tomar a dianteira nesse sentido.

Contudo, tal perspectiva se qualitativamente é falha, quantitativamente não pode passar despercebida aos olhos da civilística contemporânea. Segundo esforço de jurimetria de Antônio Carlos Ferreira,³³⁷ de 1989 a junho de 2015, foi possível mapear um continente de 29 acórdãos e 295 decisões monocráticas, nas quais o adimplemento substancial fora colocado como objeto da decisão.

Assim, consigna-se que este derradeiro tópico tem por finalidade analisar o desenvolvimento jurisprudencial do adimplemento substancial para melhor contextualizar o ambiente que enseja a prática das balizas apontadas nos tópicos anteriores.

Nesses termos, é imprescindível destacar que, para os propósitos deste trabalho ocorreu um esforço de simplificar um histórico jurisprudencial que perpassa um período de quase vinte e oito anos de Teoria do adimplemento substancial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Para tal mister, designou-se quatro momentos jurisprudenciais distintos que parecem compreender, ao menos didaticamente, os marcos do desenvolvimento dessa Teoria: ascensão (Recurso Especial 76362/MT), disseminação (Recurso Especial 415971/SP), pretensão balizamento (Recurso Especial 1581505/SC) e, por fim, turbulência (Recurso Especial 162255/MG).³³⁸

³³⁷FERREIRA, Antônio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 2). **Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-29/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>. Acesso em: 03 de maio de 2017. Segundo o Min. Antônio Carlos, só para ilustrar, “Dentre os casos decididos pelos órgãos colegiados do STJ encontram-se as seguintes modalidades negociais: a) contrato de fornecimento (contrato administrativo) - Resp. 914087-RJ; b) contrato de seguro de automóvel (Resp. 76.362-MT); c) contrato de promessa de compra e venda (Resp. 113.710-SP, Resp. 1.215.289-SP, AgRg no AgResp 13.256-RJ); d) contrato securitário no âmbito da previdência privada com aquisição de cobertura de pecúlio por morte (Resp 877.965-SP); e) contrato de doação com reserva de usufruto (Resp. 656.103-DF); f) alienação fiduciária em garantia (Resp. 1.287.402-PR, Resp. 469.577-SC, Ag Rg no AgResp 204.701-SC, Resp. 272.739-MG); g) contrato de arrendamento mercantil (Resp. 1.200.105-AM, Resp. 1.051.270-RS); h) contrato de compra e venda (Resp. 712.173-RS).”

³³⁸ Informa-se que a pesquisa ora realizada encerrou-se em março de 2018.

Cumpra salientar, outrossim, que a escolha do Superior Tribunal de Justiça como tribunal a ter sua jurisprudência analisada deve-se ao fato de que sua zona de influência, enquanto guardião superior da legislação federal, apresenta patente significado/repercussão na jurisprudência das mais diversas cortes de Justiça brasileira.

5.4.1 Ascensão – Recurso Especial 76362/MT

Neste diapasão, para marcar a inauguração da primeira fase, cogente se faz analisar o Acórdão paradigmático que pela primeira vez tratou da Teoria do adimplemento substancial em sede de Recurso Especial, qual seja, o Resp 76362/MT,³³⁹ julgado em dezembro de 1995, cujo relator foi Ruy Rosado de Aguiar, academicamente filiado às lições da obrigação como um processo na linha de Clóvis do Couto e Silva.

Como se pode depreender da leitura de seu relatório, o caso emblemático tratou de um Recurso Especial enfrentando Acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, o qual conferiu ganho de causa à Sul América Seguros quando cobrada por dois segurados por ocasião de acidente veicular. Há de se ressaltar que na data em que ocorrera o sinistro, os segurados deixaram de pagar a última parcela da apólice contratada, fato incontroverso e confessado na inicial. Nestes exatos termos é que o caso ganha a forma da Teoria do adimplemento substancial.

Nessas linhas, é de se notar que o Recurso Especial 76362 /MT foi lavrado na vigência do Código Civil de 1916, em que pese já vigente o avançado Código de Defesa do Consumidor.

Bom alvitre registrar que alguns dos argumentos versados pelo relator como elemento nuclear de sua decisão (*ratio decidendi*), amparados nas predecessoras lições de Anelise Becker, encontram-se atuais e, quem sabe até, em vias de desenvolvimento, vez que forjadas no âmbito do princípio da boa-fé objetiva, ao que se depreende analisado

³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “SEGURO. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido”. (Resp. 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

como um dever geral de conduta. Observe-se, em literalidade e como exemplo do que se afirma, o que disse a referida autora, copiada por Ruy Rosado Aguiar em seu relatório:

O inadimplemento ou o adimplemento inútil são causas de desequilíbrio porque privam uma das partes da contraprestação a que tem direito. Por isso se lhe concede o direito de resolução, como medida preventiva. Mas, para que haja efetivamente um desequilíbrio, algo que pese na reciprocidade das prestações é necessário que tal inadimplemento seja significativo a ponto de privar o credor da prestação a que teria direito.³⁴⁰

Vê-se, da colação, que a aplicação da Teoria do adimplemento substancial é amparada em um esquema lógico que envolve a casuística, a despeito da análise judicial pré-fabricada e fundada no clássico silogismo preponderante nos julgados da época, posição que se encontra consoante com o que se arrima nesta dissertação.

Destarte, o modelo argumentativo de aplicação da *substantial performance* é, como patente na ocasião do julgado, algo construído, posto ser casuístico, não implicando em dizer que seja, por tal tonalidade, um modelo subjetivista, algo que vem a corroborar com as bases objetivas da Teoria e indicadas ao longo de todo este trabalho.

Ruy Rosado, ao que se pode depreender do julgado em comento, assumiu uma perspectiva atemporal, tendo em vista o enfrentamento da pecha voluntarista designada pela vocação patrimonial do Código Civil de 1916, chegando a prolarar que:

A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com sua obrigação, não sendo sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio.³⁴¹

Portanto, a base argumentativa nuclear para reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial, no caso concreto, foi a baliza qualitativa principiológica, cerne do modelo dogmático de Adimplemento Substancial nesta dissertação desenvolvido.

Todavia, as balizas qualitativas liquidantes não foram desprezadas no aludido Recurso Especial, sendo, pois, um julgado completo em relação às balizas propostas por este trabalho, apesar da ausência de sistematicidade na exposição de tais raias.

³⁴⁰ Resp. 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

³⁴¹ Resp. 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

Sendo assim, quanto ao interesse creditício, no particular, o relator entendeu não haver a legítima perda do interesse do credor no adimplemento, vez que o atraso prestacional era algo tolerado pela seguradora ao longo de toda a relação contratual, quanto a isso, veja-se o que Ruy Rosado indicou:

O reiterado comportamento da seguradora, em receber as prestações com atraso, justificara a expectativa da segurada de que o mesmo aconteceria em relação à última prestação. Sabe-se que o modo pelo qual o contrato de prestação duradoura é executado, naquilo que contravém ao acordado inicialmente, pode gerar a modificação da relação obrigacional, no pressuposto de que tal mudança no comportamento corresponde à vontade atual das partes.³⁴²

Já em relação – a causa – a segunda baliza qualitativa liquidante, ficou reconhecido que: (a) não houve um ilícito suficiente a ensejar a resolução do contrato (causa adequada); (b) não houve a quebra da corresponsabilidade da causa negocial, vez que os desígnios negociais da seguradora foram atendidos, sobretudo em relação à última parcela do programa contratual e (c) quanto ao fim contratual fora devidamente atendido pelo devedor, sem afetar a boa-fé objetiva, vez que existiu, no desenrolar do enlace contratual, a efetiva entrega do que fora pactuado, qual seja, a pecúnia pela seguridade patrimonial.

Por óbvio, a baliza quantitativa indiciária também fora fixada logo de início – mas não isoladamente, como sempre deve o ser – demonstrando o atraso prestacional em relação ao todo. Em seu voto, afirmou Ruy Alvim que: “a falta de pagamento de uma prestação, considerando o valor total do negócio, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, pois a segurada havia cumprido substancialmente o contrato”.³⁴³

Conclui-se, do julgado em análise, que se buscou, efetivamente, um balizamento mais integrado ao que hoje se depreende do sistema Civil-constitucional e do raciocínio lógico-sistemático, o qual não se confundiu com a redução dos parâmetros em perspectiva meramente matemática – conforme dito nos comentários acerca das balizas quantitativas indiciárias do adimplemento substancial – tampouco defendeu a entrega total ao elemento principiológico como baliza única para reconhecimento do adimplemento substancial, muito embora isso não tenha sido feito de maneira organizada.

³⁴² Resp. 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

³⁴³ Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100810/Julgado_1.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2018.

Sob à luz deste julgado paradigmático é que aos poucos começaram a surgir – desorganizadamente – outros julgados aplicando a *substantial performance*. Tal fase, ao que se parece, remete a uma ideia de disseminação, para não dizer banalização, do uso da Teoria em comento. Veja-se, ademais, que esse é um julgado que permite concluir que a Teoria do adimplemento substancial pode, e deve, ser desenvolvida quanto ao seu balizamento, o que contribui para o aumento de sua racionalidade e pertinência à luz do sistema civil-constitucional brasileiro.

5.4.2 Disseminação sem balizamento (Recurso Especial 415971/SP)

Representando tal momento, traz-se à luz das linhas deste trabalho a base analítica do que fora expresso no Resp. 415971/SP³⁴⁴ de 14 de maio de 2002, ainda na vigência do Código Civil 1916.

O caso tratou de um seguro não pago em sua última parcela e que mais tarde foi endossado para um novo veículo de maior valor, assumindo o contratante outras três parcelas, no valor total de R\$ 858,65 (oitocentos e cinquenta e oito reais e sessenta e cinco centavos). Conforme consta do relatório de Nancy Andrichi, as duas primeiras parcelas não foram pagas e o automóvel foi roubado.

Nessa esteira factual, o contratante ingressou com uma ação contra a seguradora Marítima Seguros Ltda. com a pretensão de (a) pagar as parcelas em aberto e (b) pagar obter a indenização referente ao que constava na apólice do seguro. A pretensão do segurado fora acolhida em primeiro grau e negada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, esse último sustentou que:

A rigor, o caso é de falta de pagamento e não de simples atraso, mas, ainda que como simples atraso pudesse ser havido, não daria direito ao pagamento de indenização securitária por sinistro ocorrido no período em que a cobertura estivera suspensa em razão do inadimplemento do segurado, o que torna no mínimo impertinente qualquer discussão em torno da possibilidade de rescisão unilateral do contrato. O adimplemento poderia em princípio garantir o interessado contra riscos futuros, na hipótese do objeto segurado ainda existir, mas nunca cobrir sinistro anterior.³⁴⁵

³⁴⁴ Civil. Art. 1450 do Código Civil. Inadimplemento de contrato de seguro. Falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio. Indenização indevida pelo sinistro ocorrido durante o prazo de suspensão do contrato, motivada pela inadimplência do segurado. - A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não operação da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado. - Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora. (Resp. 415971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302).

³⁴⁵ Resp. 415971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302.

O segurado encaminhou o processo para o Superior Tribunal de Justiça por meio do referido Recurso Especial, ocasião em que a Relatora entendeu que o dissenso jurisprudencial, sustentado como pré-requisito do Recurso Especial comentado, não apresentava dissenso com o Recurso anteriormente comentado (Recurso Especial 76362/MT), afirmando Nancy Andrigli, em sede de *distiguinshing*, que:

O alegado dissenso jurisprudencial com o decidido no REsp 76.362 não prospera porque são diversas as hipóteses fático-jurídicas. Enquanto no acórdão paradigma houve adimplemento substancial do contrato de seguro, faltando o pagamento de apenas uma prestação, no caso em exame não foi pago sequer o valor correspondente à metade do valor do prêmio.³⁴⁶

Ademais, fundamentando a impossibilidade do reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial, ainda que de maneira *obiter dictum*, a Relatora do Recurso fez transparecer, sem maiores ressalvas, que no caso analisado, não haveria *substantial performance*, tendo em vista que não houve, apenas, a falta de pagamento da última prestação e que isso comprometia “as atividades empresariais da companhia seguradora”.

Nesses termos, houve a lavratura - por parte da Relatora que teve seu voto acolhido por unanimidade - de ementa contendo os seguintes dizeres:

Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora.³⁴⁷

O que se conclui do julgado é que o debate ventilado por Ruy Alvim, quando de sua relatoria no Resp. 73362/MT, em termos mais racionais, fora olvidado pela jurisprudência em comento. Aqui afastou-se a análise da boa-fé objetiva, em nome do compromisso com as “atividades empresariais da companhia seguradora”.

Tal decisão pareceu empobrecer as bases expansionistas do adimplemento substancial, a ponto de ter apresentado um entrave ao desenvolvimento da matéria no Brasil, vez que ofereceu ao leitor mais desavisado, um precedente persuasivo que apresenta a *substantial performance* amparada, apenas, na baliza qualitativa, não se desenvolvendo, pois, as balizas qualitativas principiológicas e liquidantes.

³⁴⁶ Resp. 415971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302.

³⁴⁷ Resp. 415971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302.

Sobre essa temática em especial, ainda que por caminhos e desfechos diversos dos que aqui se adota, Lucas Gaspar de Oliveira asseverou que:

É importante delinear exatamente os critérios para se valorar a gravidade do descumprimento, uma vez que se trata de expressão de conteúdo vago e impreciso, que merece atenção especial. Sem esta questão corretamente delineada não se pode verificar a substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, a insignificância do inadimplemento, motivo pelo qual se estende fundamental levantar todas as características do caso concreto, isto é, a situação ocorrida, os interesses e a conduta das partes, assim como todas as demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes.³⁴⁸

Dada tal necessidade, e representada o momento de desorganização/assistematicidade do adimplemento substancial com o julgado alinhavado, eis que a jurisprudência passa à busca açodada de se organizar as balizas da *substantial performance*, conforme se verá no próximo item.

5.4.3 Pretensão balizamento (Recurso Especial 1581505/SC)

Nesta fase, é possível atentar-se para o paradigmático Recurso Especial de nº. 1.581.505/SC³⁴⁹, da relatoria de Antônio Carlos Ferreira, julgado em 18 de agosto de 2016, onde se tratou de pretensão recursal contra julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que deu total provimento à pretensão de uma administradora de bens que buscou resolver um contrato de compra e venda, cumulando seu pedido com reintegração de

³⁴⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do Inadimplemento Absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. 121 f. Monografia de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 93-94.

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO.1. O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial” não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.5. Recurso especial não provido.” (Resp. 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJ 28/09/2016, p. 1457). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 de março de 2018.

posse, condenação da comprador em cláusula penal, além da indenização pela ocupação do imóvel.

Há que se ressaltar que o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido resolutório da empresa, por ter constatado que houve o cumprimento de 84,36% da obrigação.

Contudo, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ficou acordado que a parte incontroversa da demanda apontou para um incumprimento de 30% (trinta por cento) do que fora pactuado, motivo que por si só já indicaria o afastamento do adimplemento substancial. Aqui, houve mera análise da baliza quantitativa indiciária, não se avançando nas balizas qualitativas.

Por sua vez, o Relator do comentado Recurso Especial parece ter sido conduzido pela ânsia de sistematizar a Teoria do adimplemento substancial, indo além da objetivação quantitativa indiciária, parecendo prometer, já no seu relatório, uma pretensa solução para o problema do balizamento qualitativo da *substantial performance*, adotando, para tanto, um dos dois grupos de balizas teóricas os quais, segundo o magistrado, poderiam servir como orientação para o reconhecimento da incidência do adimplemento substancial.

O primeiro grupo de balizas seria o que estaria supostamente estampado no já analisado Recurso Especial 76362/MT da relatoria de Ruy Rosado de Aguiar, que segundo Antônio Carlos seria:

a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.³⁵⁰

Excetuando-se o elemento (c) – que apesar de ser relevante não seria uma baliza propriamente dita, mas um efeito do adimplemento substancial que no particular se discorda – ,³⁵¹ os outros dois elementos encontram-se, respectivamente, na baliza qualitativa principiológica e na baliza quantitativa indiciária, embora a jurisprudência, ora analisada, tenha pecado pela falta de minúcia no desenvolvimento do balizamento como um todo, posto sequer citar ao menos umas das balizas qualitativas liquidantes já

³⁵⁰ Resp. 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJ 28/09/2016, p. 1457.

³⁵¹ Para uma melhor compreensão da temática, remete-se o leitor para a releitura do item 4.4.3 desta dissertação.

presentes no Recurso Especial 76362/MT. Por isso é que se fala, neste íterim, de uma fase do desenvolvimento jurisprudencial ligada a um pretense balizamento, sem grandes avanços práticos, posta a incompletude das balizas.

Quanto ao segundo grupo de balizas enunciadas no Recurso Especial de nº. 1.581.505/SC, oriundo do direito inglês e arrimado na doutrina Otávio Luiz Rodrigues Junior, seriam:

a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente.³⁵²

Neste último conjunto de balizas, sob o ponto-de-vista ontológico, nada avança-se em relação ao primeiro grupo, parecendo mais um arroubo doutrinário de direito comparado do que uma argumentação para tomada de decisão, o que justifica o afastamento delas como objeto de análise deste tópico, em que pese o ponto (b) das balizas inglesas indicar, na opinião de Raul Araújo, em seu voto-vogal, grande relevância, o fazendo da seguinte forma:

Quando houver uma insignificância no inadimplemento, essa parte insignificante possa ser, de alguma forma, compensada para que o credor não fique ainda sujeito a ir buscar por outras vias, como naquela opção adotada no precedente do Superior Tribunal de Justiça, a satisfação mais plena do seu direito. Senão fica o devedor em uma situação confortável, porque o Judiciário o isenta completamente de pagar aquela parcela ínfima que deve, que ainda deve, e, apesar de ainda dever, ficar como que recebendo um tratamento de contratante adimplente, quando, na verdade, não foi totalmente adimplente. Isso é mais importante ainda no nosso Direito, em que não está positivada a adoção da teoria, embora haja uma tendência forte de sua consagração entre nós. Mas temos esses aspectos que, neste momento de debate, trago à nossa reflexão.³⁵³

Ora, pelo que foi tecido no capítulo anterior quanto à visão externa da Teoria do adimplemento substancial como exceção de direito material de caráter peremptório e parcial,³⁵⁴ fica evidente que a solução indicada pelo voto-vogal deve ser, no particular, acolhida, deixando bem evidente que não se coaduna, por outro lado, com o seu discurso de fundo, protetivo do credor. Ressalte-se, também, que essa não seria uma baliza propriamente dita, mas um efeito do adimplemento substancial, que no particular, deve ser acolhido.³⁵⁵

³⁵² In: RODRIGUE JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 72.

³⁵³ Resp. 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJ 28/09/2016, p. 1457.

³⁵⁴ Vide o item 4.4.3.

³⁵⁵ Para uma melhor compreensão da temática, remete-se o leitor para a releitura do item 4.4.3 desta dissertação.

Isso se deve ao fato de não se perceber utilidade processual, ou mesmo material, em impor obrigação ao credor de ingressar com uma nova ação para pleitear seu direito creditório de insignificante importância. Por conseguinte, quanto à indenização em perdas e danos, cabe continuidade da ação, ficando a pretensão resolutória e as demais pretensões delas decorrentes (pretensão de reintegração de posse ao credor em face do adimplente substancial), impedidas de produzir seus efeitos posto que encobertas pela eficácia da exceção de direito material.³⁵⁶

Avançando na narrativa, explica-se que, apesar de serem eleitos no voto do Relator Antônio Carlos Ferreira, acompanhado por Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão, os supostos parâmetros elencados para a incidência da teoria do adimplemento substancial em conformidade com o precedente de Ruy Rosado Aguiar, de 1995, ousa-se salientar que tais balizas não foram, sequer, respeitadas pela própria Turma que as ventilou, indicativo de que, no Brasil, a superação de precedentes (*overruling*) ou indicativo de superação (*signaling*) nem sempre são tratados com moderação.

Em melhor explicação, tem-se que, das balizas depreendidas da jurisprudência elaborada por Ruy Rosado Aguiar, na prática, a única enfrentada pelos Ministros para compor o Acórdão foi a de letra (b), a qual prelecionou que “o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio”. Para tanto, também afirmou o Relator que: “neste caso, o que se pode adjetivar de substancial é a inadimplência da recorrente, e não a parcela que cumpriu da avença. O débito superior a um terço do contrato de mútuo, incontroverso, jamais poderá ser considerado irrelevante ou ínfimo”.

Noutra passagem de seu voto condutor, o Relator asseverou que: “em tais circunstâncias, penso que não estão presentes os requisitos para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, conclusão a que se chega tão só pelo exame do critério quantitativo, cujo relevo dispensa perquirir os demais elementos do negócio jurídico e de sua execução”.

Questionamento que se faz, de imediato, é saber onde se encontram, no Recurso Especial 1.581.505/SC, as balizas qualitativas principiológicas e liquidantes, nuclearmente traçadas, ainda que de maneira dispersa, no julgado paradigmático da lavra de Ruy Rosado. Em verdade, ao cabo de toda a explanação do Ministro em seu voto, nada de substancial fora colocado no âmago da decisão.

³⁵⁶ Tal posição não foi acolhida pela Quarta Turma.

Em outras palavras, não se pode querer respeitar o precedente talhado no Recurso Especial 76362/MT, sem enfrentar o núcleo duro do adimplemento substancial (as balizas qualitativas nele indicadas), as quais são as únicas capazes de entregar um instrumental argumentativo seguro que permita a convicção do Julgador e, por conseguinte, da comunidade jurídica como um todo, acerca da incidência (ou não) do adimplemento substancial no caso concreto.

Outrossim, mesmo a baliza quantitativa indiciária avaliada no Recurso Especial 1.581.505/SC foi utilizada de maneira assistemática. É que, em termos percentuais, o índice de incumprimento das parcelas considerado no Recurso Especial 1.581.505/SC, na importância de 30% (trinta por cento), é muito próximo dos 25% (vinte e cinco por cento) do que fora constatado no paradigmático Recurso Especial 76362/MT. Ou seja, exatos 5 % (cinco por cento) de incumprimento contratual foram suficientes para desconsiderar toda uma tradição jurisprudencial pautada em termos qualitativos, sobretudo, no imperativo principiológico da boa-fé objetiva.

5.4.4 Turbulência (Recurso Especial 162255/MG)

Embora na fase de pretensão balizamento não haja uma harmonização quanto à aplicação das balizas para orientação do reconhecimento da incidência do adimplemento substancial, tem-se que ao menos houve perspectiva para o reconhecimento de sua incidência.

De fato, parece que o momento mais conturbado do instituto civil-constitucional é a atual fase que se encontra a Teoria, onde, para além da *substantial performance*, quem corre graves riscos é a própria ótica da constitucionalização do direito civil, sistematizado em caráter aberto na tópica e referendada por princípios como a boa-fé objetiva, conforme inúmeras vezes repisado neste trabalho. Melhor se explique.

Esta nova fase foi iniciada de maneira assistemática e com votos de divergência dos mais variados, o que revela a própria diversidade de entendimentos referentes à composição da até então formação da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por meio do precedente extraído do Recurso Especial de nº. 162255/MG,³⁵⁷ em fevereiro de

³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA

2017, afetado ao referido colegiado, cuja relatoria fora de Marco Buzzi, que ao lado de Luis Felipe Salomão, saíram vencidos. Em tal julgado, estabeleceu-se que não é passível a alegação de adimplemento substancial em casos de busca e apreensão onde haja alienação fiduciária.

Para ilustrar o litígio, tem-se que se tratou de ação de busca e apreensão movida pelo Banco Volkswagen em face de consumidora, com o objetivo de retomada de um veículo, por força do incumprimento das quatro últimas parcelas de um total de quarenta e quatro. Em sede de primeiro grau, o juízo *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse-adequação da instituição bancária, vez que não caberia no caso em tela resolução/rescisão tendo em vista o adimplemento substancial do contrato no montante de 91,66%.

Foi interposta apelação, a qual, seguindo o voto do Desembargador relator negou-se seguimento ao recurso posta “a interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa” os quais incidiram no caso concreto.

Nas razões do Recurso Especial, o Banco alegou, em resumo, que:

Além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 2º, § 2º e 3º, do DL 911/69 e 422 do Código Civil, sustentando, em síntese: a) a necessidade de deferimento da liminar de busca e apreensão ante o inadimplemento do devedor fiduciário, por consistir direito do credor utilizar-se de quaisquer das tutelas disponíveis para a satisfação de seu crédito, estando presente o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, não cabendo ao poder judiciário limitar qual o tipo de ação deve ser intentada pelo credor fiduciário; e, b) a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, porquanto o Decreto regulamentador da matéria não impõe limites para o ajuizamento da ação de busca e apreensão haja vista que o bem garantidor da obrigação é até a quitação

APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...). (Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527).

integral da dívida de propriedade do credor fiduciário, bem ainda não se tratar se valor irrisório, considerando o montante total do mútuo contratado.³⁵⁸

A princípio, o Recurso Especial foi inadmitido na origem, dando azo ao agravo de destrancamento, o qual também fora negado. Proveio agravo regimental e a Quarta Turma converteu o agravo inicial em recurso especial, ficando afetado o recurso à Segunda Seção, que engloba a Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, daí o fato deste ser um julgado paradigmático.

De início, cumpre salientar que a hipótese controvertida acerca do reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial foi resumida em seu relatório da seguinte forma: “controvérsia referente à análise acerca da possibilidade de deferimento liminar e manejo da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, quando verificado o adimplemento substancial do contrato”.

Nos termos do voto relator Marco Buzzi, foi possível perceber que:

Reiteradas tais ponderações, recorda-se que o interesse fundamental a impulsionar o ajuizamento da presente ação não é o bem alienado em si, mas sim a satisfação do suposto crédito de titularidade da instituição financeira no importe de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos), o que pode ser alcançado por outras vias, sem a necessidade da quebra do liame contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado. Evidentemente, ainda que vendido o bem, quitada a dívida e devolvido ao consumidor eventual saldo da venda, o desequilíbrio contratual seria de grande monta, pois ficaria a financeira completamente satisfeita enquanto o consumidor, a despeito de cumprida a obrigação, remanesceria sem o bem e desprovido de quantia suficiente para a aquisição de outro.³⁵⁹

Ademais, segundo relator, cumprindo o dever de motivar seu voto, revela quanto à baliza qualitativa principiológica que:

A boa-fé objetiva norteia as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º e 51, inciso IV do CDC), servindo, o aludido princípio, como informativo à conduta a ser guardada e observada pelos contraentes, prévia, durante e posteriormente à conclusão do contrato. Referido princípio constitui um dos pilares de sustentação da teoria do adimplemento substancial, cuja doutrina se insere no contexto das transformações sociais, econômicas e éticas sofridas pela ordem civil-constitucional, no seio da preocupação concreta-funcional de preservação das avenças. O diploma civilista estabeleceu expressamente a boa-fé objetiva como princípio orientador das relações contratuais, positivando, também, a função social como primado a ser observado quando do exame das relações contratuais, representando este último princípio a preocupação estatal no sentido de que satisfaçam não só o interesse das partes envolvidas no negócio, mas da sociedade como um todo, à qual interessa sejam devidamente cumpridos os contratos, de modo a permitir

³⁵⁸ Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527.

³⁵⁹ Ibid.

a segura circulação de riquezas, com o desenvolvimento econômico/social do país.³⁶⁰

Contudo, a reviravolta jurisprudencial iniciou-se com a argumentação de Marco Aurélio Bellizze, ministro que inaugurou a divergência no Resp. de nº 1622555/MG, analisado no item imediatamente anterior desta dissertação e que foi vitorioso quanto à matéria, afirmando, em resumo, que a *substantial performance* não é prevista de maneira expressa na legislação e por isso não poderia se sobrepujar à lei especial da alienação fiduciária – o que violaria o princípio da especialidade. Tal magistrado afirmou que:

Permissa vênua, tem-se por absolutamente imprópria a invocação da teoria do adimplemento substancial (não prevista em lei, mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil), como fundamento idôneo a afastar o legítimo direito de ação do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem, para, valendo-se da garantia fiduciária ajustada, compelir o devedor fiduciante a honrar a sua obrigação inadimplida, tal como lhe confere expressamente a específica lei de regência. Para o desate da questão, afigura-se de suma relevância, a princípio, bem delimitar o tratamento legislativo conferido aos negócios fiduciários em geral, do que ressaia evidenciado, conforme se demonstrará, que o Código Civil limitou-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, não se aplicando às demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária disciplinadas em lei especial, como é o caso da alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969, salvo se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.³⁶¹

Sendo dissonante com a visão da civilística condizente com o modelo civil-constitucional, tal perspectiva representa um duro golpe à evolução doutrinária e jurisprudencial da Teoria do adimplemento substancial. Veja-se que criar espécies de regimes próprios de disciplina de ramos distintos do “direito privado” parece destoar da unicidade própria ao perfil sistemático e complexo que abarca a dinâmica do direito civil, hoje amalgamado no projeto constitucional. Em palavras mais precisas: a boa-fé objetiva, para além de estar expressa no Código Civil, é cláusula geral de conduta, pilar do tráfico jurídico e indispensável à lisura do jogo negocial, mesmo afeito à legislação especial.

Ademais, ainda que não se reconheça a perspectiva civil-constitucional, por se adotar qualquer outra linha doutrinária, há de se levar em conta que a baliza qualitativa principiológica da boa-fé objetiva imprime em toda seara da civilística seus enlaces e perspectivas próprias, trazendo para quaisquer de seus ramos, ainda que no âmbito das

³⁶⁰ Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527.

³⁶¹ Ibid.

relações paritárias, todas as medidas de ordem técnica e justeza necessárias ao bom desenvolvimento das relações “privadas”.

Confirmando o que ora se constata, veja-se que o desempenho econômico, se analisado de maneira extrema como um elemento independente e autônomo – o que não se acredita – numa ótica mais pragmática, depende, de igual sorte, de um ambiente negocial onde a malícia e a deslealdade devam, sobremaneira, sucumbir ao princípio da boa-fé objetiva.

Isolar qualquer elemento do sistema jurídico brasileiro, como o fez o julgado em relação à busca e apreensão em alienação fiduciária de bens móveis, das inflexões principiológicas de vocação constitucional, como é o caso da boa-fé objetiva, é o mesmo que declarar que no Direito Brasileiro está aberta a temporada do desrespeito à boa-fé objetiva nos negócios – e não está. A Carta Maior desta República não permite esse tipo de raciocínio.

Em outras palavras e voltando para o foco central da discussão acerca Resp. de nº 1622555/MG, entende-se, inobstante, que os avanços paradigmáticos de interpretação expansiva (ou extensiva, como preferiu Bellizze) que conduzem Teorias como a do adimplemento substancial, é o liame principiológico que fundamenta todo o arcabouço teórico do direito privado, não sendo indiferente em relação aos preceitos do Decreto-Lei nº 911/1969, dado seus matizes amparados na própria força da constitucionalização do direito privado. Para tanto, remete-se o leitor ao capítulo de abertura deste trabalho.

O mais intrigante na abertura de divergência de Belizze é que ele parece começar seu voto com uma fundamentação legalista e, estranhamente, busca na ciência econômica, mais precisamente na análise econômica do direito, a base do encerramento de seu voto, assim o fazendo:

Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota, sim, absoluto descompasso com o sistema processual. Por fim, não se pode deixar de reconhecer que a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese em comento, a pretexto de proteger o consumidor, parte vulnerável da relação contratual, acaba, em última análise e na realidade dos fatos, a prejudicar o consumidor adimplente, que, doravante, terá que assumir o ônus pelo inarredável enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, naturalmente com o pagamento de juros mais elevados.³⁶²

³⁶² Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527.

Sem que se adentre em questões acadêmicas que extrapolam as bases desta dissertação, cumpre consignar, aqui, a necessidade de Belizze trazer os dados empíricos da pesquisa que fundamentou a motivação do voto. É que utilizar a ciência econômica como ferramental decisório é algo possível, *a priori*, contudo, *a posteriori*, cria para quem a utiliza a necessidade de demonstrar com o máximo rigor, as bases estatísticas que embalsaram o convencimento. Sem isso, o discurso da análise econômica do direito parece não fazer qualquer sentido, inclusive para a própria ciência econômica.

Quanto ao voto de Antônio Carlos Ferreira, ao se alinhar com a divergência no corpo do julgamento em testilha, chegou mesmo a confrontar o conteúdo de seu voto na relatoria do Recurso Especial 1.581.505/SC, uma vez que, mais uma vez, sequer seguiu as balizas por ele relevadas naquele julgado, chegando a indicar que:

Em tais circunstâncias, entendo que não estão presentes os requisitos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, notadamente a hipótese que caracterize a escassa importância da prestação descumprida ou nem sequer justifique a cobrança judicial da dívida. Com efeito, penso ser relevante o descumprimento de parcelas que representam mais de 8% (oito por cento) do valor total da obrigação assumida pelo devedor de contrato de mútuo.³⁶³

Mais uma vez Antônio Carlos evadiu-se do núcleo duro da Teoria do adimplemento substancial, ficando, apenas, na baliza quantitativa indiciária.

Quanto ao voto de Isabel Gallotti, indicou, de maneira lacônica, que a promoção de se “buscar e apreender algo” não é caso de resolução do contrato (o que ela chama de rescisão), mas sim de cumprimento de cláusula expressa, que outorga a propriedade fiduciária e sua consolidação. Nas palavras dela:

Observo que não busca o credor, por meio da ação de busca e apreensão, a rescisão do contrato; ao contrário, seu intuito é precisamente cumprir as cláusulas contratuais que lhe outorgam a propriedade fiduciária e o direito de que ela se consolide, em caráter pleno, em seu nome, se não cumprida integralmente a obrigação do mutuário.³⁶⁴

Parece haver, neste ponto específico da análise da Magistrada, uma certa imprecisão: ela acabou fragmentando o inadimplemento absoluto (causa) da busca e apreensão (efeitos), o que na prática é impossível, uma vez que a cláusula contratual que outorga a propriedade fiduciária à instituição bancária pressupõe o inadimplemento.

Ou seja, quando se ingressa com uma ação de busca e apreensão, deve-se estar claro que há inadimplemento absoluto, do contrário, não seria possível ao menos cogitar

³⁶³ Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527.

³⁶⁴ Ibid.

em remédio tão extremo quanto à busca e apreensão de bem móvel em posse do devedor, daí porque seria de bom alvitre que a Magistrada, abandonasse a premissa de que no caso concreto houve o cumprimento da cláusula contratual para, ao revés, buscar analisar se houvera, ou não, o perfazimento do adimplemento substancial no caso concreto. Tal análise faz todo sentido no caso em tela, sobretudo se fosse respeitado o precedente histórico de Ruy Rosado e as bases materiais das balizas qualitativas do adimplemento substancial delineadas nas linhas desta dissertação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio dessa jornada foi ressaltar que o sistema jurídico edificado sobre a égide do Estado Democrático de Direito e insculpido na proposta constitucional de 1988 recusa relações obrigacionais de caráter estritamente patrimonial e desapegadas de uma coerência “privada” que supõe-se prestigiar as bases interpretativas do Direito Civil-constitucional.

Tal perspectiva, em sentido patrimonialista clássico, conquanto abdicada da abertura dialógica tecida pelo catálogo tópico referenciado nos princípios fundantes da ordem civil-constitucional, continua viva em alguns membros da comunidade jurídica que ainda se obstinam no saudosismo ao arcabouço cível que comandou a realidade brasileira ao longo de quase um século de vigência do Código Civil de 1916, não se atentando às mudanças paradigmáticas catalogadas no Código Civil de 2002.

Destaque-se que, por mais anacrônico que pareça ser o produto do voluntarismo exacerbado na civilística, capaz até mesmo de ensinar a negativa do desenvolvimento de Teorias expansionistas da ordem Civil-constitucional, constatou-se que seu avanço encontra-se em plena potência, sobretudo porque parcela significativa da doutrina acha-se incontrita diante de seu papel de crítica e de vigilância acadêmica da jurisprudência. Este parece ter sido o impulso de ansiedade e curiosidade que conduziu os primeiros esforços desta pesquisa, ainda quando era apenas um projeto de pós-graduação.

E por pesquisar, buscou-se, na medida do possível, ir ao que semelha ser o ponto central da Teoria, respondendo às seguintes perguntas: qual seria a verdadeira natureza ou vocação civil-constitucional do adimplemento substancial e qual a sua formatação procedimental (visão externa da Teoria) diante da imparcialidade imprescindível à sua instrumentalidade processual?

Para tal mister, primeiro pretendeu-se definir qual seria a visão que se tem do Direito Civil-constitucional adotada por este trabalho. Entendeu-se, neste particular, que o produto da constitucionalização do Direito Civil seria uma justaposição entre dois modelos de compreensão do Mundo Jurídico: a interpretação sistemática somada à tópica.

Da interpretação sistemática retirou-se a necessidade de encarar os institutos civis-constitucionais através de um alicerce interpretativo que buscasse abarcar o ordenamento jurídico como um todo interconectado, cuja Constituição Federal serviria de norma fundante, posto o fato de sua agenda democrática se espalhar por todo o ordenamento. É

essa expansão da força constitucional que infiltra e impregna o Direito Civil, que não pode ser lido sem o auxílio da lente constitucional.

Da tópica, por sua vez, retirou-se a ideia de lugares comuns pré-estabelecidos no ordenamento e que servem como portais de passagem dos influxos expansionistas do sistema como um todo. Tais condutos, em verdade, expõem o ordenamento jurídico à confirmação da moralidade e eticidade democraticamente agendadas na agenda constitucional.

Eis aqui, um ponto nodal para a compreensão da visão civil-constitucional, que não se contenta com os arroubos exegéticos que conduzem a civilística a um caminho binário, exposto pela lógica do tudo ou nada, a qual não é condizente com o expansionismo sistemático, único capaz de analisar a lei conforme o sistema (*ratio legis*).

Dessa visão, decorreu a compreensão do que seriam cláusulas gerais e princípios e suas contribuições para a forma com a qual se enxerga o Direito Civil-constitucional, sendo apresentado o liame lógico que ofertou coesão de todo o raciocínio textualizado nas linhas desta dissertação, qual seja, o princípio da boa-fé objetiva.

Patenteada a via interpretativa que serviria de base para a racionalização da Teoria do adimplemento substancial, consignou-se sua contribuição para a releitura da Teoria Geral das Obrigações, visão que se buscou através do enfrentamento obrigacional que perpassou por um olhar contemporâneo funcionalizado, ressystematizado e ressignificado da relação obrigacional, doravante compreendida como um processo (em si).

Cumpre salientar que a obrigação enquanto processo nada mais é do que uma forma de se encarar a obrigação como um conjunto procedimental calcado no anseio teleológico de se atingir um desfecho ótimo ou, ao menos otimizado, da/pela boa-fé objetiva, a qual constrói um edifício obrigacional que remete o voluntarismo a limites de chegada e partida, decorrentes de deveres depreendidos do próprio sistema.

Tais deveres, de natureza sistemática e alheios à vontade negocial dos sujeitos obrigacionais, reputou-se chamar de deveres gerais de conduta, os quais servem de alicerce fundacional da própria existência da relação obrigacional, sobretudo numa contemporaneidade civil potencializada pela constitucionalização. É dessa exata medida que se percebe o perfil funcional da boa-fé objetiva enquanto dever geral de conduta, a qual, em análise normogenética, desdobra-se nos deveres de informação, cooperação e proteção.

Dessa nuance, que enxerga a relação obrigacional de maneira dinâmica e processual, surgiu a necessidade de se aperfeiçoar a clássica perspectiva do incumprimento obrigacional, afinal, não se pode enxergar a obrigação como um caminhar/avançar/desenvolver, se o olhar direcionado ao adimplemento continua monolítico, preso no tudo ou nada da mora (sinônimo de inadimplemento relativo) e do inadimplemento absoluto.

Foi exatamente neste ponto, que esta dissertação sistematizou a perturbação da relação obrigacional, acrescentando, ao lado das duas categorias de inadimplemento, indicadas no parágrafo anterior, um *tertium genus*, o adimplemento substancial, percebido como um termo, demarcado pelo princípio da boa-fé objetiva, entre o inadimplemento relativo e o adimplemento absoluto, mais próximo deste do que daquele.

Chegou-se, portanto, ao módulo mais crucial deste trabalho: enfrentar a *substantial performance* como uma espécie jurídico-obrigacional que habita a região da perturbação das relações obrigacionais e que é percebida, de maneira clara, por intermédio dos avanços que a visão interna da obrigação vista como um processo repercutiu na contemporaneidade, sobretudo, com a consolidação do olhar civil-constitucional.

Junte-se a tal conclusão o fato de que o adimplemento substancial ser nitidamente apresentado como exceção de direito material, a qual parece remontar à *exceptio doli generalis*, e que se manifesta no plano formal, como uma exceção substancial peremptória e parcial, comportando-se, destarte, como um contra-direito, em caso de movimentação de pretensão resolutória da obrigação, por exemplo.

Não se pense que tais constatações são despiciendas. Em verdade, boa parte dos problemas de ordem processual (internos ou externos) são resolvidos com o mapeamento genético da Teoria do adimplemento substancial, atribuindo-lhes algumas respostas, quais sejam:

- a) Por ser fruto do princípio da boa-fé objetiva, um inequívoco dever geral de conduta, a *substantial performance* encontra-se incrustada na região da perturbação das relações obrigacionais, pouco importando o fato de estar expressa ou implícita em nosso sistema;
- b) Se o adimplemento substancial decorre de um dever geral de conduta para o direito “privado” como um todo, ele necessariamente incide em toda e

qualquer relação obrigacional regida, ou não, pelo código civil, posto ser fundante do alicerce civil-constitucional;

- c) Por apresentar caráter de contra-direito, não nega o inadimplemento de escassa importância e, por conseguinte, não nega o direito do credor de haver o que é seu de direito, ainda que mínimo, mas encobre tal pretensão creditícia;
- d) Ademais, em sendo uma exceção de direito material peremptória e parcial, quando do exercício do direito creditório em face do devedor adimplente em substancialidade, a pretensão do credor ficará encoberta, apenas, quanto aos efeitos resolutórios, ficando a ação liberada para tramitar em relação aos demais pedidos, sobretudo, danos morais;
- e) Por ser uma exceção de direito material, a sentença do magistrado que a acolhe é meramente declaratória, não a constituindo, pois;
- f) Outrossim, quanto ao fato de ser uma exceção de direito material, dependente, sua instrumentalização no plano da processualística somente se perfaz se seu reconhecimento ficar comprovado no âmbito da obrigação como um processo (em si).

Em assim o sendo, principalmente em relação ao último ponto, foi de grande relevância para calibrar o reconhecimento do adimplemento substancial perpassar pela organização dos três grupos de balizas: quantitativa indiciária, qualitativas principiológicas e qualitativas liquidantes, que o julgador deve percorrer para verificar se houve, ou não, a incidência da exceção de adimplemento substancial no caso concreto.

Por fim, com base em tais balizas, buscou-se demonstrar suas funcionalidades com a análise de casos concretos levados à luz do Superior Tribunal de Justiça, quatro momentos da Teoria em solo brasileiro: Ascensão (Recurso Especial 76362/MT), Disseminação sem balizamento (Recurso Especial 415971/SP), pretensão balizamento (Recurso Especial 1581505/SC) e Turbulência (Recurso Especial 162255/MG).

Na fase de Ascensão (Recurso Especial 76362/MT), visualizou-se no julgado precursor da relatoria de Ruy Rosado, o indicativo, ainda que assistemático, de como se deve promover o balizamento para o reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial.

Quanto ao momento da Disseminação (Recurso Especial 415971/SP), o foco foi demonstrar que o desenvolvimento da Teoria não seguiu uma proposta organizada e estruturante, resultando em uma descontinuidade com a fase de Ascensão da Teoria.

Já em relação à fase do Pretense Balizamento (Recurso Especial 1581505/SC), observou-se uma tentativa de organizar as balizas extraídas do julgado de Ruy Rosado Aguiar, embora tal sistematização não tenha se confirmado na prática.

Por fim, no momento de Turbulência (Recurso Especial 162255/MG), constatou-se uma reviravolta na tradição jurisprudencial que, para além de fragmentar a Teoria do adimplemento substancial, parece ter atingido a unidade sistêmica fundada no princípio da boa-fé objetiva, posto segregá-lo ao Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. In: Vol. 06, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. (Coord.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: RT, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções e formação da declaração negocial**. São Paulo: [s.n].

BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução Crítica ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista diálogo jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, pp.03-14, Vol.I, n.6, set.2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 81, 2005.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993.

_____. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.

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

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**. Curitiba: Juruá, 2012, pp.140- 141.

_____. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

CHEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

COSTA, Eduardo José Fonseca da. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 23, n. 90. Belo Horizonte: Fórum, pp. 153-173, abr./jun.2015.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV, 2015.

DELGADO, Mário Luiz *et* ALVES, Jones Figueiredo (Coordenadores). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005, v. 4.

DICKSTEIN, Marcelo. **A boa fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: Suppressio e Surrectio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR., Fredie (et al). **Provas**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 54-66, jul./ago. 2004.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações de consumo**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf>

_____. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, n. 56, pp 141-155, 2012, p.141.

_____. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2011.178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

_____. **Revisão Contratual – A busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Antônio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 2). **Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-29/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 11. pp. 55-66, 1996.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

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

GAGLIARDI, Rafael Villar. **A exceção do Contrato não Cumprido**. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

GARCIA, Rebeca. Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, v. 40, n. 131, 2013. Disponível em: <www.ajuris.org.br>

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milão: Dott. A.Giuffrè, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.13, Belo Horizonte: Fórum, pp.39-59, Vol.13, jul./set. 2017.

_____. (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

KRELL, Andreas Joachim. Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, v.10, n.1. São Paulo, pp.295-320, jan.-jun. 2014.

_____.; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, v.09, n.1. Rio de Janeiro, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Caloute Gulberkian, 1997.

LEWICKI, Bruno. Metodologia do direito civil constitucional: futuros possíveis e armadilhas. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 288-293, set.2014.

LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 92, pp. 65-98, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2216>>

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e Direitos da Personalidade**. Revista Jurídica, ano 49, Porto Alegre: Notadez, pp. 08-22, n.284, jun. 2001.

_____. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (supressio). **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 53. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pp. 117-140, jul./set. 2014.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do Inadimplemento Absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. 121 f. Monografia de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. **Do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II. Arts. 389 a 420.

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

MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, v. IV, 1979.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.56.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade Civil. Doutrinas Essenciais - Teoria Geral**. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 353 a 372.

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

PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. **Revista Quaestio Iuris**, vol.01, n. 02. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, pp. 360-402, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência positiva do direito**. 2ªed., vol. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.I.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.II.

_____. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.III.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.XXVI.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org). **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Por uma Nova Dogmática para o Direito Privado: Direito Privado e a Noção Funcional dos Contratos Empresariais**. XVI Congresso Nacional CONPEDI, Belo Horizonte, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Exceções no Direito Civil: Um conceito em busca de um autor?** In: MIRANDA, Daniel Gomes de *et al.* **Prescrição e Decadência**. Salvador: JusPodivm, 2013.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa fé**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUBINSTEIN, Flávio. A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Edusp, v. 99, p. 573-658, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Belo Horizonte: Forum, v. 32, p. 3-27, 2007. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf>

_____. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. São Paulo: Renovar, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In DA SILVA, Luís Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Roberto de Abreu e. **A falta contra a legalidade constitucional**. Editora Lumen Juris, 2009.

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

SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil Brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, p. 165-181, 2013. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/80>

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007. Disponível em: <fbm.com.br>

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005.

_____. **Itinerário para um imprescindível debate metodológico**. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wpcontent/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.035.p>>

_____. Notas sobre a função social dos contratos. TEPEIDINO, Gustavo et FACHIN, Luiz Edson (coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas—Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>

_____. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, vol.7. Rio de Janeiro: Padma, 2001, editorial.

_____; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v.2, 2008. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/11/A-funcionaliza%C3%A7%C3%A3o-civilistica-2012.2.pdf>>

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>

VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Coimbra: Almedina, v. I, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

[Cursos](#) [Institucional](#) [Produtos](#) [Envie sua Doutrina](#) [Serviços Gratuitos](#) [Contato](#)

Comemorando **82** anos

CADASTRE-SE PARA RECEBER NOSSA NEWSLETTER

COMPARTILHE NA REDE

Nome Email

Curtir 20 [Compartilhar](#)

Doutrina

A Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Processual Civil Brasileiro

Autor:

DELFIM, Lucas Rodrigues

RESUMO: O presente trabalho visa abordar a teoria do adimplemento substancial, e, sua aplicabilidade em determinada relação processual civil. A referida, em suma, possibilita ao devedor de boa-fé, e desde que em mínimo inadimplemento, impedir e relativizar o direito do credor em resolver o contrato, ou evocar, através do poder judiciário, atos constitutivos sobre seus bens em decorrência do adimplemento substancial. Para explanar a importância da teoria, serão abordados os entendimentos dos Tribunais Superiores sobre a temática, e, os princípios gerais do direito atinente à legislação civil pátria.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem campo de aplicação na área do direito processual civil, não se abstendo de abordar matérias do direito material, como a aplicabilidade dos princípios gerais do direito obrigacional, os quais possibilitam ao devedor de boa-fé, e, desde que em mínimo inadimplemento, se valer da teoria do adimplemento substancial, como meio processual de relativizar ou impedir atos de constrição judicial sobre seus bens, ou, o bem objeto do contrato.

O principal objetivo do presente trabalho é demonstrar quais os requisitos que deverão existir em uma determinada relação processual, para que o devedor ou o polo passivo processual evoque a teoria.

O presente estudo apresenta como base, uma pesquisa bibliográfica, fundamentada em materiais já publicados, como dissertação de mestrado, teses de doutorado, artigos científicos, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Dessa forma, a presente linha de pesquisa poderá servir como fonte exploratória ao leitor, para que encontre solução a futura casuística, que caiba a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial.

O respectivo estudo, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, é bibliográfico, voltado para a pesquisa básica, e, do ponto de vista de seus objetivos, é exploratório.

1 A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Buscando a observância da teoria do adimplemento substancial, embora não seja o principal objeto deste trabalho, se faz necessária uma breve explanação acerca do campo de incidência primário da mesma no ordenamento civil, qual seja, as obrigações contratuais, que nas palavras do professor Sobral:

"Trata-se do conjunto de normas e princípios regulamentadores da relação jurídica pessoal entre um credor e um devedor, a quem cumpre o dever principal de realizar uma prestação de dar, fazer ou não fazer. A doutrina ensina que a obrigação é um vínculo que envolve credor e devedor, pois o devedor deve ao credor uma prestação que deve ser economicamente apreciável" (SOBRAL, 2018, p.267).

Dessa obrigação pessoal, nas ideias de Chueiri (2017), decorrem deveres acessórios, como pretensões, ônus, e, estados de sujeição, sendo necessária a observância não só de deveres primários, decorrentes dos elementos que definem a obrigação, mas também os deveres secundários, que complementam os primeiros e deverão ser observados nas diversas etapas da relação jurídica. Por este fato, entende mais adequado definir a relação obrigacional como um processo, que exige cooperação entre os polos que a compõem, voltado para o fim do adimplemento.

Quando diante de uma obrigação, formalizada através de um contrato, a forma genuína e primordial para o encerramento do mesmo, é a satisfação da obrigação. Contudo, por circunstâncias alheias ou não a vontade dos contratantes, o contrato pode não se cumprir, gerando o que é chamado por Diniz (2014), de inadimplemento.

No direito processual civil, o descumprimento de uma obrigação pode gerar entre outras consequências, atos constitutivos, típicos ou atípicos, no patrimônio do inadimplente, como a penhora, que nas ideias de Donizetti (2016, p.658), é o "ato pelo qual se apreendem bens para empregar-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo".

Indubitavelmente, é ideal que os contratos firmados sejam mantidos e terminados pelo adimplemento, pois nas palavras de Sobral (2018), o contrato hoje, em visão moderna, pode ser visto como um instrumento de tutela à pessoa humana, sendo um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, fazendo inserir a pessoa que contrata em sociedade, com uma diretriz de solidariedade.

Nas palavras de Tartuete:

PRODUTOS ONLINE

Preencha os campos abaixo com seu e-mail e senha

Digite seu Email

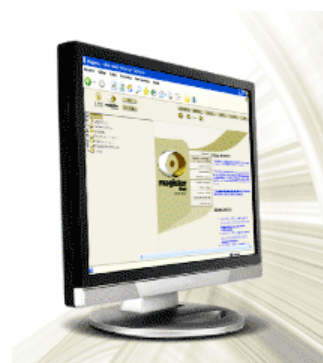
.....

☐ Lembrar minha Senha

[Esqueci minha senha](#)

10
DIAS

TESTE GRÁTIS
OS SISTEMAS DA
LEXMAGISTER



Envie-nos uma mensagem

"A despeito da ausência de previsão expressa na codificação material privada, tem-se associado o adimplemento substancial com os princípios contratuais contemporâneos, especialmente com a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006, aprovou-se o Enunciado nº 361 CJF/STJ, estabelecendo que "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". Vale lembrar que o art. 475 do Código Civil trata do inadimplemento voluntário ou culposo do contrato, preceituando que a parte lesada pelo descumprimento pode exigir o cumprimento forçado da avença ou a sua resolução por perdas e danos" (TARTUCE, 2014.).

É manifesto que a Constituição Federal possui reflexos por todo o ordenamento jurídico, e, em relação ao Código Civil e Processual Civil, não seria diferente, sendo possível visualizar sua aplicabilidade em diversos momentos.

"Não há mais como ignorar a influência do direito constitucional no direito civil. Contudo, é o Direito Civil que mais se aproxima do cotidiano do cidadão, regulando as relações jurídicas do nascimento até depois da morte. Daí se entender que o Código Civil é a 'Constituição do Direito Privado e do homem comum'" (MELO, 2018, p. 3).

Chueiri (2017) ensina que as maiores mudanças no ordenamento privado, ocorreram em razão de uma nova visão dos institutos basilares do direito privado, especialmente pela valorização do indivíduo em contraposição ao patrimônio. Essa flexibilização faz com que aos pactos celebrados, se apliquem soluções mais hermenêuticas e mais abrangentes.

Os professores Nelson Nery Junior e Rosa Nery *apud* Regina Zampini (2017, p. 217), tratam como consequência dessa evolução hermenêutica, a importância do conteúdo da função social do contrato e sua conservação, sendo primordial a manutenção e continuidade da execução contratual, observando sempre a equidade, o equilíbrio contratual, e a boa-fé objetiva.

Entre a evolução de uma visão individualista, para uma visão constitucional civilista, em conjunto com os princípios da boa-fé, da função social dos contratos, e da vedação ao abuso de direito, utilizando-se aqui das ideias do mestre Chueiri (2017), foi criada a teoria do adimplemento substancial, a qual busca demonstrar que a norma criadora de uma sujeição do devedor à vontade do credor, em eventual descumprimento, deve passar por um filtro, formado pelos valores que atualmente permeiam as relações privadas.

Conforme ensinamentos de Paula (2010), a teoria do adimplemento substancial possui sua origem no direito inglês, sendo chamada de *substantial performance*. A respectiva teoria é aplicada quando a obrigação foi cumprida na sua essência a ponto de satisfazer a pretensão do credor, mesmo que parcialmente, tornando regra a continuidade do contrato e não a sua resolução.

Pontes de Miranda *apud* Chueiri (2017, p. 74), já dizia que "o credor não pode recusar a prestação se o que lhe falta é mínimo e não diminui o valor do que se lhe quer entregar, ou se nada se opõe a que a receba. A regra é não perder o interesse a prestação, por atraso do devedor".

O professor Furtado consigna que:

"A teoria tem no centro de sua teleologia o refreamento e a imposição de limites ao exercício do direito potestativo conferido ao credor de resolver o contrato, uma vez que a ausência de barreiras poderia levar a situações contrárias à boa-fé objetiva, como quando o negócio fosse resolvido a despeito de a quase totalidade do programa obrigacional ter sido cumprido pelo devedor, ou de ter o credor sido satisfeito na quase totalidade de seu interesse" (FURTADO, 2014, p. 104).

Segundo Sobral (2017), a aplicabilidade da teoria tem evidência quando invocado o artigo 475 do código civil brasileiro, o qual apregoa que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato.

"Diante do inadimplemento contratual, aquele que foi prejudicado poderá optar pela resolução do contrato ou exigir que este seja cumprido, cabendo em ambos os casos, indenização por perdas e danos. Todavia, poderemos aqui falar da aplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial ou Substantial Performance, ou seja, se o devedor tiver cumprido substancialmente a obrigação não será cabível a resolução (término) do contrato" (SOBRAL, 2017, p. 367).

No mesmo sentido o professor Bussata:

"Em que pese o direito a resolução, na forma estabelecida pelo art. 475 do Código Civil, em uma interpretação literal, não encontrar nenhum adjetivo ao inadimplemento para sua plena efetivação, e certo que tal dispositivo deve ser interpretado à luz da boa-fé objetiva, vedando-se, assim, o exercício dessa faculdade jurídica quando o inadimplemento for de escassa importância, tendo em vista o concreto interesse envolvido na relação. Funciona, assim, a teoria em estudo como limite ao direito formativo extintivo a resolução dos contratos, de forma que esta somente se justifica se o inadimplemento for grave, de relevância e importância, retirando, assim, o interesse na contratação" (BUSSATA, 2011, p. 127).

Conforme lição de Gaspar (2008), a teoria corresponde a uma limitação imposta ao credor à resolução, limite esse que se demonstra quando do mínimo inadimplemento por parte do devedor, não chegando a retirar a utilidade e função social econômica do contrato. Apesar do artigo 475 do código civil autorizar o credor lesado, buscar a resolução quando houver inadimplemento por parte do devedor, o dispositivo não mensura qual inadimplemento que está se referindo, e, por esse motivo, entende-se que um inadimplemento de escassa importância, insignificante, não autoriza a resolução pelo credor, por ser essa medida injusta e contrária à finalidade econômica do contrato, a depender do caso concreto.

1.1 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA

Conforme Chueiri (2017) é necessário definir critérios para a aplicação da teoria nos casos concretos, sobre pena de afetar apenas uma das partes da relação contratual, importando em desigualdade.

Neste diapasão, Bussata (2011), entende que um dos critérios é a matemática, chegando a conclusão de que 95% do preço adimplido em determinado contrato, pode ser considerado substancial. Porém, em algumas situações mais específicas, 5% do descumprimento do pactuado pode ser relevante.

Destarte, Chueiri (2017) apresenta dois critérios no que toca à forma da prestação, o primeiro quantitativo e o segundo qualitativo. No Brasil, o critério adotado parece ser o quantitativo, ou seja, o cumprimento de grande número de parcelas faz incidir a aplicabilidade da teoria se tratando de contrato sucessivo. Mas o critério qualitativo ou o comportamento dos contratantes, também deve ser considerado, uma vez que o agir das partes que venha a ser contra a função social do contrato e a boa-fé, afasta sua aplicabilidade.

Nesse sentido, é o Enunciado 586 da VII Jornada de Direito Civil: "Para a caracterização do adimplemento substancial, levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos".

O Superior Tribunal de Justiça, através de seu ministro relator Salomão (2011), manteve a aplicação da teoria do adimplemento substancial, fundamentando que para a resolução do contrato pela via judicial, há de se considerar não só a inadimplência em si, mas também o adimplemento da avença durante a normalidade contratual. A partir desse cotejo entre adimplemento e inadimplemento, é que deve o juiz aferir a legitimidade da resolução do contrato, de modo a realizar, por outro lado, os princípios da função social e da boa-fé objetiva. Porém, os restantes dos votos dos integrantes da turma ativeram-se ao critério quantitativo ou matemático mencionado por Bussata (2011) supratranscrito, do qual valorizaram que o réu tinha pagado 31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido.

O Tribunal do Rio Grande do Sul (SBRVATI, 2014), também manteve a aplicabilidade da teoria quando em caso concreto, o devedor quitou mais de 80% das parcelas contratuais.

Ocorre que segundo Cavalcanti (2013), a aplicabilidade desse critério matemático, há que ser ponderada levando em consideração a respeito da possibilidade, e, disponibilidade do devedor em saldar o que realmente deve. Nesse passo, a adoção de um critério matemático rígido, como quer certa jurisprudência que admite a configuração do adimplemento substancial sempre que for cumprida 80% da prestação em todos os tipos contratuais, acaba por desconsiderar a importância dos deveres anexos da boa-fé, e a finalidade específica de cada negócio na aplicação do referido instituto.

Em consonância com o entendimento supratranscrito, o Superior Tribunal de Justiça, através de seu ministro relator Salomão (2018), negou ordem de Habeas Corpus ao impetrante, que sustentou o inadimplemento mínimo para concessão de sua liberdade, justamente pela qualidade dos alimentos, deixando evidente que não basta apenas a análise matemática do caso concreto:

HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. DÉBITO ALIMENTAR INCONTROVERSO. SÚMULA Nº 309/STJ. PRISÃO CIVIL. LEGITIMIDADE. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA. REVOGAÇÃO DO DECRETOPRISIONAL. NÃO CABIMENTO. IRRELEVÂNCIA DO DÉBITO. EXAME NA VIA ESTREITA DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no

Âmbito do direito contratual, somente nas hipóteses em que a parcela inadimplida revela-se de escassa importância, não tem incidência nos

vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver

controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar.

2. Opagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a

possibilidade da prisão civil. Precedentes [...].

2 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Transportando a existência e adoção da teoria para o processo civil, Didier (2015), leciona que a hermenêutica, atualmente, também ordena o processo civil, principalmente com a entrada em vigor do código de processo civil de 2015, o qual possui em seu título "das normas fundamentais do processo civil" diversas referências a princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana.

Além da dignidade da pessoa humana, afirma Didier (2009) que o princípio da boa-fé também vigora no direito processual. Uma de suas consequências é a vedação ao abuso do direito no processo. O princípio da boa-fé é a fonte normativa que proíbe o abuso do direito, aplicando-se a teoria do adimplemento substancial em âmbito processual.

Didier (2009) faz alusão ao processo executivo, mencionando que um dos pressupostos para sua instauração é o inadimplemento, porém, se mínimo for esse inadimplemento, pode o órgão jurisdicional se recusar a realizar medidas constritivas no patrimônio do executado, como por exemplo, a busca e apreensão. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que, em execução de contrato de alienação fiduciária em garantia, entendeu correta a decisão judicial que se recusou a determinar a busca e apreensão liminar do bem alienado, tendo em vista a insignificância do inadimplemento.

Segundo pesquisa feita pelo professor Chueiri (2017), são apontadas 24 (vinte e quatro) ocorrências de julgados envolvendo o termo adimplemento substancial, sendo que 9 (nove) não adentraram no mérito da teoria por questões processuais. Houve 15 (quinze) manifestações de mérito sobre o tema no âmbito da corte, que detém o papel uniformizador de entendimentos jurisdicionais relativos à matéria infraconstitucional.

Envie-nos uma mensagem

Didier (2009) também faz alusão à arrematação de um bem penhorado. Segundo o doutrinador, a resolução da arrematação não pode ocorrer se mínimo for o inadimplemento. Isso não importará em prejuízo ao exequente. Continuará o arrematante obrigado a integralizar o preço ou prestar a caução, podendo inclusive ser demandado para tanto. O que não se aceita é a resolução da alienação judicial.

Com objetivo de evidenciar ainda mais a aplicabilidade da teoria ao processo civil, se considera imprescindível à leitura do entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (OLIVEIRA, 2018):

PROCESSO. CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. PAGAMENTO DA MAIORIA DAS PARCELAS. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. APLICAÇÃO. 1. A teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada quando o devedor, além de liquidar grande parte do débito e deixar de adimplir parcela insignificante (requisito objetivo), atua com boa-fé objetiva até o momento do descumprimento contratual (condição subjetiva). 2. Uma vez preenchidos os requisitos para aplicação da teoria do adimplemento substancial, indevida a concessão de liminar de busca e apreensão [...].

Porém, embora aceita em nosso ordenamento jurídico, Slaibi (2009), faz um alerta de que a teoria deve ser adotada com extrema cautela, uma vez que seu emprego generalizado pode causar desequilíbrio no sistema financeiro, com reflexos nos custos dos financiamentos e efeitos em toda cadeia produtiva de consumo.

2.1 ALGUMAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA TEORIA AO PROCESSO CIVIL, RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA.

Por tais fundamentos explanados, partindo para os casos concretos, Tartuce (2014), elucida que, de início, se incidiu a ideia da teoria do adimplemento substancial, em uma hipótese envolvendo a busca e apreensão de veículo, objeto de contrato de compra e venda com reserva de domínio, tendo o Superior Tribunal de Justiça, através de seu ministro relator Gonçalves (2004), reconhecido a impossibilidade de retomada do bem com a consequente extinção do negócio, por ter sido mínimo o inadimplemento do devedor.

"Mais recentemente, e na mesma linha, o Tribunal da Cidadania aplicou a teoria *substantial performance* a contrato de *leasing* celebrado entre duas empresas, uma financeira e uma empresa transportadora de mercadorias. O contrato dizia respeito à aquisição de 135 carretas, para a atividade da última. Como houve o adimplemento de 30 das 36 parcelas, correspondente a cerca de oitenta e três por cento do contrato, foi confirmado o afastamento da então ação reintegração de posse das carretas (STJ, REsp. 1.200.105/AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19.06.2012, DJe 27.06.2012). O aresto também traz como conteúdo a função social da empresa, pelo fato de que a retomada dos bens móveis fariam com que a atividade da devedora se tornasse totalmente inviável" (TARTUCE, 2014).

Segundo Gentil (2017), em voto como relator proferido pelo Tribunal de Justiça do Amazonas, explanou que o credor fica impedido de rescindir o contrato, caso o devedor cumpra substancialmente a obrigação contratada. Havendo então, 80% (oitenta por cento) das parcelas do contrato pagas, só cabe ao autor a cobrança do restante das parcelas não pagas.

Porém, embora não seja a linha de defesa deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça, ministro relator BUZZI (2017), entendeu não ser aplicável a respectiva teoria, quando se tratar de alienação fiduciária, sobre o fundamento de que as normas atinentes ao código civil só devem ser aplicadas de forma subsidiária.

CONCLUSÃO

É indiscutível a importância de se manter determinada relação obrigacional, relativizando o poder dado ao credor de resolver o contrato, para que seja preservada a função social, a vontade inicial das partes, e a boa-fé contratual.

Com o presente trabalho, conclui-se que um dos meios para que o devedor possa manter a existência do contrato, é evocando a teoria do adimplemento substancial, que além de reconhecida e adotada pelo nosso ordenamento jurídico, possui reflexo direto ao processo civil, por muitas vezes impedindo ou ao menos relativizando, que o credor, acionando o Estado-Juiz, se utilize de atos constitutivos aos bens do devedor de boa fé, e, inadimplente mínimo.

A respectiva teoria, por não possuir regramento expresso, decorre dos princípios gerais obrigacionais do direito civil, como a boa-fé objetiva e a vedação do enriquecimento sem causa.

Porém, o fato de inicialmente ter surgido no ordenamento jurídico brasileiro através das relações de direito material, não impede a sua aplicabilidade ao processo civil, pois, com a visão constitucional do processo, há de existir proteção digna.

Sendo assim, não é incomum, e, totalmente aceitável, que determinado executado, por exemplo, em matéria de embargos preventivos de execução, evoque a teoria do adimplemento substancial, para que não se depare com o seu bem penhorado.

Entretanto, para o reconhecimento da teoria em determinados casos concretos, é necessário sempre observar os critérios abordados neste trabalho, como o critério quantitativo e qualitativo, contemplando o comportamento processual daquele que invoca a teoria, que deve estar em consonância com os princípios gerais do direito.

Palavras-Chave: adimplemento, atos expropriatórios, civil, processo civil, substancial.

ABSTRACT: This article aims to address the theory of substantial compliance and its applicability in a specific civil procedural relationship. The aforementioned, in short, empowers the debtor in good faith, and provided that in minimal default, it prevents and relativizes the creditor's right to rescind the contract, or evokes, through the judiciary, restrictive action on his assets as a result of substantial

Envie-nos uma mensagem

defaults. In order to explain the importance of theory, the High Courts' understanding on the subject, and the general principles of the law relating to civil law, will be addressed.

Keywords: compliance, expropriatory acts, civil, civil lawsuit, substantial.

Sumário: Introdução. 1. A teoria do adimplemento substancial. 1.1. Critérios de aplicação da teoria. 2. Aplicação da teoria do adimplemento substancial ao processo civil brasileiro. 2.1. Algumas hipóteses de aplicação da teoria ao processo civil reconhecida pela jurisprudência. Conclusão.

REFERÊNCIAS

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 127 p.

BUZZI, Marco. *Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL :REsp 1622555*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439904571/recurso-especial-resp-1622555-mg-2015-0279732-8/inteiro-teor-439904605>>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. *O adimplemento substancial como causa impeditiva da resolução contratual*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23478/o-adimplemento-substancial-como-causa-impeditiva-da-resolucao-contratual>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL/Prática Contratual e Critérios Qualitativos**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2017. 178 p.

DE OLIVEIRA, Gilberto Pereira. Acórdão n.1098991, 07049389820188070000, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/05/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/198019541/djdf-05-07-2018-pg-218?ref=topic_feed>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. 785 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 274.

Donizetti, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. São Paulo: Gen, 2016. 945 p.

Enunciado nº 361 da IV jornada de direito civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

Enunciado 586 da VII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014. 104 p.

GASPAR, Lucas Oliveira Martins. *Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções*. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8108>>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

GONÇALVES, Fernando. *STJ, Agravo n. 607.406/RS, QUARTA TURMA*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.

MELO, Gilberto. *A teoria do adimplemento substancial*. Disponível em: <<http://gilbertomelo.com.br/a-teoria-do-adimplemento-substancial/>>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

PAULA, Marcos José de. *A teoria do adimplemento substancial da obrigação no Brasil*. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/43-67_Marcos_José_Paula_Teoria_adimplemento.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **CÓDIGO CIVIL Anotado**. 2ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2017. 1199 p.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **DIREITO CIVIL SISTEMATIZADO**. 9ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2018. 1149 p.

SALOMÃO, Luis Felipe. *STJ HC 439973 / MG/2018/0053668-7*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621591909/habeas-corpus-hc-439973-mg-2018-0053668-7>>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe. *STJ REsp 1051270/RS*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21088578/recurso-especial-resp-1051270-rs-2008-0089345-5-stj>>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

SBRAVATI, Roberto. *Tribunal de Justiça do RS Agravo de Instrumento Nº 70066212234*. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/223989786/agravo-de-instrumento-ai-70066212234-rs>>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

Envie-nos uma mensagem

SLAIBI, Nagib. *Tribunal de Justiça do RJ Agravo de instrumento Nº 0027614-63.2009.8.19.0000*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30463/teoria-adimplemento-substancial.pdf>>. Acesso em: 08 de novembro de 2018.

TARTUCE, Flavio. *A teoria do adimplemento substancial na doutrina e jurisprudência*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.

ZAMPINI, Regina. **O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMÓVEL**. Revista de Direito Privado. vol. 78/2017. p 217-240.

Cursos	Institucional	Publicações Técnicas	Produtos Virtuais	Serviços Gratuitos	Contatos
Home - Cursos Lex	Quem somos	Periódicos	Sistemas Online	Cartilha de Prerrogativas	Fale Conosco
In Company	Conselho Editorial	Revistas Especializadas	E-Books	Dicionários	Envie sua Doutrina
Agenda de Cursos Jurídicos	Convênios	Livros		Doutrinas	Atendimento ao Cliente
Corpo Docente		Seja nosso Autor		Indicadores	Representantes Autorizados LEXMagister
Catálogo de Cursos Jurídicos				Legislação	
Relação de Títulos				Modelos de Contratos	
Oportunidades de Emprego				Modelos de Petições	
				Newsletter	
				Notícias	
				Lex Universitário	

Lex Magister

Al. Coelho Neto, 20 - 3º andar - Porto Alegre - RS

Telefone Produtos: 51 3237-4243

Site: www.lexmagister.com.br



© Copyright LEX Editora S.A. - Todos os direitos reservados
2020



-
- [Homenagem à Jacob Dolinger: referência em Direito Internacional](#)
- [Soraia da Rosa Mendes participa do quadro 'Saber Direito Profissão' na TV Justiça](#)
- [José Fernando Simão participa do Jornal da Record News e tira-dúvidas sobre Direito das Sucessões](#)
- [Ministro Luiz Fux apresenta panorama do Processo Civil em livros lançados no TJ do Rio](#)
- [Homenagem a todos os advogados\(as\) e estudantes da área do Direito | 11 de Agosto](#)
- [Referências do direito ambiental – Leme Machado, Milaré e Bessa Antunes – enviam carta a Bolsonaro sobre novos rumos da Política Ambiental brasileira](#)
 - > [Ver mais Notícias](#)
- [Clássicos Forense](#)
 - > [Ver mais Clássicos Forense](#)
- [Podcast](#)



-
- [PGJ #025 – Nova Lei do Agro: Novidades no Crédito Rural e no Direito do Agronegócio, com Marcus Reis](#)
- [PGJ #024 – Consumidor na pandemia: e os meus direitos?, com Gediel Claudino de Araujo Júnior](#)
- [PGJ #023 – O Brasil e o Direito Internacional, com Valerio Mazzuoli](#)
- [PGJ #022 – A Constituição, a Federação e a pandemia, com Ana Paula de Barcellos](#)
- [PGJ #021 – Coronavírus: Requisitos de Concessão do Auxílio Emergencial, com Leonardo Cacao](#)
- [PGJ #020 – O Direito de Família do futuro para as famílias do presente, com Rolf Madaleno](#)
 - > [Ver mais Podcast](#)

- [Revista Forense](#)
 - > [Ver mais Revista Forense](#)

[ArtigosEmpresarial](#)

A teoria do adimplemento substancial

1

Comentários

0

likes

por [André Santa Cruz](#)

03.mar.2017



Desenvolvida no direito consuetudinário inglês (*substantial performance*) e positivada expressamente em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros (art. 1.455 do Código Civil italiano, por exemplo), a teoria do adimplemento substancial tem ganhado força na doutrina e na jurisprudência brasileiras nos últimos anos.

Trata-se, sucintamente, da relativização ou minimização dos efeitos do descumprimento do contrato nos casos em que o acordo foi substancialmente cumprido pela parte contratante inadimplente. Assim, por exemplo, quando o inadimplemento de um contratante for mínimo, e o contrato, consequentemente, tiver sido substancialmente cumprido, a outra parte pode ser privada do direito de extinguir o acordo, resolvendo-se a questão em perdas e danos.

Sobre o assunto, foi aprovado o enunciado 361 na 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”.

É possível encontrar julgados antigos do STJ sobre o tema, nos quais a Corte Superior entendeu, por exemplo, que o não pagamento de apenas uma parcela (a última) do contrato de alienação fiduciária em garantia não autorizava a instituição financeira a rescindir a avença e requerer a busca e apreensão do bem. Confira-se:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.

Recurso não conhecido.

(REsp 272.739/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299)

É preciso ter muito cuidado, porém, com o uso dessa teoria, especialmente no âmbito dos contratos empresariais. É temerário banalizar a sua aplicação, como infelizmente tem acontecido em nossos tribunais, os quais muitas vezes usam critérios meramente matemáticos para aferir eventual adimplemento substancial do contrato, desconsiderando outras questões como a própria natureza do acordo. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados do STJ:

Direito Civil. Contrato de arrendamento mercantil para aquisição de veículo (leasing). Pagamento de trinta e uma das trinta e seis parcelas devidas. Resolução do contrato. Ação de reintegração de posse. Descabimento. Medidas desproporcionais diante do débito remanescente. Aplicação da teoria do adimplemento substancial.

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual “[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.
2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.
3. **No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: “31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido”. O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.**
4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.
5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1.051.270/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a Turma, j. 04.08.2011, DJe 05.09.2011).

ARRENDAMENTO MERCANTIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

Trata-se de REsp oriundo de ação de reintegração de posse ajuizada pela ora recorrente em desfavor do recorrido por inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil (leasing) para a aquisição de 135 carretas. A Turma reiterou, entre outras questões, que, **diante do substancial adimplemento do contrato, qual seja, foram pagas 30 das 36 prestações da avença, mostra-se desproporcional a pretendida reintegração de posse e contraria princípios basilares do Direito Civil, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva**. Ressaltou-se que a teoria do substancial adimplemento visa 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 aludidos princípios. Assim, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, daí a expressão “adimplemento substancial”, limita-se o direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma demasia. Dessa forma, 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. Dessarte, diante do substancial adimplemento da avença, o credor poderá valer-se de

meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, mas não a extinção do contrato. Precedentes citados: REsp 272.739-MG, DJ 2/4/2001; REsp 1.051.270-RS, DJe 5/9/2011, e AgRg no Ag 607.406-RS, DJ 29/11/2004.

(REsp 1.200.105-AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/6/2012)

Decisões mais recentes do STJ, porém, parecem indicar, **FELIZMENTE**, que a Corte Superior começou a ter mais cautela na aplicação da teoria do adimplemento substancial, algo que eu já pedia há algum tempo nas edições do meu livro Direito Empresarial, publicado pela Editora Método (para adquirir, clique [AQUI](#)). A propósito, confira-se o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLEMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. BUSCA E APREENSÃO. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL. INDEFERIMENTO. TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO. INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO.

1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia.
2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da “teoria do adimplemento substancial do contrato”.

(...)

4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca e apreensão, nesse cenário, constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida.

5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação.

5. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menor importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual – esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação.

8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral.

(REsp 1255179/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 18/11/2015)

Finalmente, demonstrando que a aplicação da referida teoria deve, realmente, ser feita com bastante cautela, não podendo, por exemplo, desnaturar a própria natureza do contrato, a Segunda Seção do STJ decidiu, no julgamento do REsp 1.622.555-MG, que “a tese do adimplemento substancial não pode ser aplicada nos casos de alienação fiduciária, (...) ou seja, mesmo que o comprador de um bem tenha pago a maior parte das parcelas previstas em contrato, ele tem de honrar o compromisso até o final, com sua total quitação. Sem isso, o credor pode ajuizar ação de busca e apreensão do bem alienado para satisfazer seu crédito” (Fonte: http://www.conjur.com.br/2017-fev-22/tese-adimplemento-substancial-nao-aplica-alienacao-fiduciaria?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook).

Veja também:

- [Inaplicabilidade da legislação falimentar às cooperativas](#)
- [Dissolução irregular de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica](#)
- [Colidência entre inventos: sistema first-to-file x sistema first-to-invent](#)

Conheça as obras do autor ([Clique aqui!](#))

TAGS [substancial](#) [performance](#) [Teoria do Adimplemento Substancial](#)
LEIA TAMBÉM



[Para não dizer que não falei da COVID-19](#)



[Proposta de reforma previdenciária: retrocesso e injustiça social](#)



[Cálculo das horas extras dos bancários na atual jurisprudência do TST](#)



[Averbação no RPPS de tempo de atividade especial convertido em tempo](#)

[comum](#)

[Confira todos os informativos »](#)

COMENTE

Uma resposta para “A teoria do adimplemento substancial”



1. *Paulo* disse:

[Março 23, 2018 às 16:07](#)

André Luiz Santa Cruz Ramos, como sempre magnífico e lúcido em suas explicações.

[Responder](#)

Deixe uma resposta

O seu endereço de e-mail não será publicado. Campos obrigatórios são marcados com *

Comentário

Nome *

E-mail *

Site

This site uses Akismet to reduce spam. [Learn how your comment data is processed.](#)

Email

[Cadastrar](#)

Postagens

- [Advocacia](#)
- [Artigos](#)



[André Santa Cruz](#)

é Doutor em Direito Empresarial pela PUC-SP, Mestre em Direito Processual Civil pela (UFPE). Especialista em Direito da Economia e da Empresa. Especialista em Direito da Concorrência. Professor de Direito Empresarial de diversos cursos preparatórios, Procurador Federal. Autor.

[Conheça as obras do autor](#)

Newsletter

NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

FREDIE DIDIER JR.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual. Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

Resumo. O ensaio propõe-se a examinar a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial ao direito processual civil.

Palavras-chave. Boa-fé. Adimplemento substancial. Processo civil

Abstract. In this essay the author intends to verify the possibility of application of the “substantial performance doctrine” in Brazilian Civil Procedural Law.

Keywords. Good faith. Substantial performance doctrine. Civil procedure.

Um dos efeitos do princípio da boa-fé é limitar o exercício das situações jurídicas ativas. A vedação ao abuso do direito é uma dessas consequências.

Há diversas modalidades de exercício inadmissível de situações jurídicas. Fala-se, por exemplo, em *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio* etc.

Uma aplicação da vedação ao abuso do direito é a chamada *teoria do adimplemento substancial*, “estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso *Boone v. Eyre*, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor”¹²⁵.

Assim, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo (ou seja, se o déficit de adimplemento for insignificante, a ponto de considerar-se *substancialmente* adimplida a prestação), o direito à resolução converte-se em outra situação jurídica ativa (direito à indenização, p. ex.), de modo a garantir a permanência do negócio jurídico.

¹²⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. “O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português”. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Vera Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 55.

Mas não apenas a resolução do negócio pode ser impedida pela aplicação dessa teoria (repita-se: derivada da aplicação do princípio da boa-fé)¹²⁶. Pode-se, por exemplo, cogitar da extinção da *exceção substancial de contrato não cumprido*¹²⁷ (outra situação jurídica ativa): a parte não poderia negar-se a cumprir a sua prestação, se a contraprestação tiver sido *substancialmente adimplida*.

Embora sem utilizar essa terminologia, MENEZES CORDEIRO demonstra que o *desequilíbrio no exercício jurídico* que se revela pela desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem é uma das espécies de exercício inadmissível de situações jurídicas ativas¹²⁸. Segundo o autor, trata-se do mais “promissor” subtipo de exercício em *desequilíbrio de posições jurídicas*, que se verifica em situações como o “desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjectivo sem consideração por situações especiais”¹²⁹. Os exemplos de exercício de poder-sanção por falta insignificante mencionados pelo autor são exatamente o da *exceção de contrato não cumprido* e o da resolução do negócio por uma falha sem relevo de nota na prestação da contraparte¹³⁰.

No direito privado brasileiro, a teoria do adimplemento substancial vem sendo adotada a partir da aplicação da cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e da cláusula geral da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil)¹³¹.

O princípio da boa-fé vige também no direito processual. Uma de suas conseqüências é, também, a vedação ao abuso do direito no âmbito processual¹³². É fácil perceber que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais,

¹²⁶ SCHREIBER, Anderson. “A boa-fé e o adimplemento substancial”. *Direito Contratual – temas atuais*. Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.). São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 141.

¹²⁷ ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português – conceito e fundamento*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 123-127; MORENO, María Cruz. *La ‘exceptio non adimpleti contractus’*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 75; 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*, 1993, v. 09, p. 60 e 65; BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-106. Assim, também, STJ, 4ª T., REsp n. 656.103/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 12.12.2006, publicado no DJ de 26.02.2007, p. 595.

¹²⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 857-860

¹²⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 857.

¹³⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 858.

¹³¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed., cit., p. 87-92; SCHREIBER, Anderson. “A boa-fé e o adimplemento substancial”. *Direito Contratual – temas atuais*. Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.). São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 139.

¹³² BAUMGÄRTEL, Gottfried. “Treu und Glauben im Zivilprozess”. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1973, n. 86, Heft 3, p. 355; ZEISS, Walter. *El dolo procesal: aporte a la precision teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico*. Tomas A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, *passim*; HESS, Burkhard. “Abuse of procedure in Germany and Austria”. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord.). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 153-154; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 1, p. 47.

que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito” processual¹³³ (desrespeito à boa-fé objetiva)¹³⁴.

Resta saber se a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada no âmbito do direito processual.

Pensamos que sim.

O § 2º do art. 511 do CPC brasileiro determina que “a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias”. *Preparo insuficiente* é preparo feito; preparo que não foi feito não pode ser adjetivado. Insuficiente é o preparo feito a menor, qualquer que seja o valor. Isto significa que a deserção, por insuficiência do preparo, é sanção de inadmissibilidade que somente pode ser aplicada após a intimação do recorrente para que proceda à complementação. O legislador atentou para seguinte circunstância: interposto o recurso e feito o preparo em valor menor do que o devido, a inadmissibilidade é sanção drástica demais; a invalidação do recurso, no caso, é um caso *típico* de exercício inadmissível de um poder jurídico processual. Mais consentânea com a boa-fé é a necessária intimação do recorrente para proceder ao complemento do valor devido. Protege-se, aqui, ainda que em outro contexto, situação semelhante àquela protegida pela teoria do adimplemento substancial. A inspiração e a preocupação da teoria do adimplemento substancial são as mesmas que motivaram o legislador a proceder à inclusão do § 2º no art. 511 do CPC brasileiro. O poder de invalidar (situação jurídica ativa) o recurso com preparo insuficiente é, aqui, limitado pela boa-fé. Tem-se aqui um exemplo de *regra jurídica* que aplica a mencionada teoria.

É possível, porém, aplicar essa teoria em situações *atípicas*, a partir de uma concretização do princípio da boa-fé processual pelo órgão julgador.

Vejamos alguns exemplos, que, não obstante sem exaurir a casuística, podem iluminar a identificação de outras situações semelhantes.

Sabe-se que a afirmação do *inadimplemento* é um dos pressupostos para a instauração do procedimento executivo (art. 580 do CPC). Constatado o *inadimplemento mínimo*, pode o órgão jurisdicional recusar a tomada de medidas executivas mais drásticas, como a busca e apreensão do bem, por exemplo. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que, em execução de contrato de alienação fiduciária em garantia, entendeu correta a decisão judicial que se recusou a

¹³³ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 861-902

¹³⁴ Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir *com* má-fé.

determinar a busca e apreensão liminar do bem alienado, tendo em vista a insignificância do inadimplemento¹³⁵.

Em sentido semelhante, já se impediu a decretação de falência, em razão da pequena monta da dívida¹³⁶. O entendimento jurisprudencial repercutiu na nova lei de falências (art. 94, I, Lei n. 11.101/2005)¹³⁷.

O inciso II do § 1º do art. 694 do CPC brasileiro determina que a arrematação do bem penhorado será *resolvida*¹³⁸, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução. A resolução da arrematação não pode ocorrer se o inadimplemento for *mínimo*. Isso não quer dizer que haverá prejuízo ao exequente, que não receberia integralmente da arrematação, ou ao executado, que teria seu bem expropriado por um valor menor do que o devido. Continuará o arrematante obrigado a exibir o preço ou prestar caução, que poderá ser demandado para tanto, inclusive com a incidência de multa (fixada pelo juiz) e juros sobre a parcela não adimplida; mas, sendo mínimo o inadimplemento, não é aceitável *resolver* a alienação judicial.

Certamente há outras situações em que essa teoria pode ser aplicada ao processo. Este ensaio tem o propósito apenas de despertar o estudioso e o aplicador do Direito para esta possibilidade.

¹³⁵ STJ, 4a T., REsp n. 469.577/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 25.03.2003, publicado no DJ de 05.05.2003, p. 310.

¹³⁶ “FALÊNCIA. Cobrança. Incompatibilidade. O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para a cobrança de dívidas. Considerando os graves resultados que decorrem da quebra da empresa, o seu requerimento merece ser examinado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão somente a satisfação do seu crédito. Propósito que se caracterizou pelo requerimento de envio dos autos à Contadoria, para apurar o valor do débito, pelo posterior recebimento daquela quantia, acompanhado de pedido de desistência da ação. (STJ, 4ª T., REsp n. 136.565/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 23.02.1999, publicado no DJ de 14.06.1999, p. 198). Em sentido contrário, STJ, 3ª T., REsp n. 515.285/SC, rel. Min. Castro Filho, rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 20.04.2004, publicado no DJ de 07.06.2004, p. 220)

¹³⁷ Art. 94 da Lei 11.101/2005: “Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”.

¹³⁸ O texto normativo refere a “tornar sem efeito” a arrematação. O caso é, porém, rigorosamente, de resolução por inadimplemento. A propósito, DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 5, p. 657; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 759; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 298-300; ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*. São Paulo: RT, 1978, p. 406.

DIREITO CIVIL ATUAL

A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 1)

9 de fevereiro de 2015, 8h00

Por Antonio Carlos Ferreira

Em minha primeira participação na coluna Direito Civil Atual, um espaço que poderá ampliar as oportunidades de diálogo entre a doutrina e a jurisprudência, ofereço aos leitores uma pequena contribuição sobre o instigante tema do adimplemento substancial^[1]. Foi com grande satisfação que recebi o convite para integrar a Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo, uma iniciativa muito necessária para o fortalecimento do Direito Privado brasileiro em suas bases teóricas clássicas, mas com os olhos postos no futuro. A satisfação também é ampliada pelo convívio, na coordenação desta coluna, com os colegas ministros do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Martins e Luis Felipe Salomão, dois nomes que orgulham a judicatura nacional.



A doutrina do adimplemento substancial é uma construção do Direito inglês, que remonta ao século XVIII, mas com crescente interesse no Brasil nas últimas três décadas. A recepção do adimplemento substancial no Direito Civil brasileiro é, em grande medida, resultado das lições do então professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Em suas aulas na pós-graduação, Clóvis do Couto e Silva apresentou a seus discentes vários institutos do Direito Comparado, como a violação positiva do contrato, a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio e o adimplemento substancial. Um de seus mais brilhantes alunos era Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

É por essa razão que os primeiros acórdãos a tratar sistematicamente desses temas no país foram de relatoria do desembargador Ruy Rosado, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Anos depois, quando nomeado para o Superior Tribunal de Justiça, o ministro Ruy Rosado trouxe para o cenário jurisprudencial nacional esses institutos e figuras jurídicas.

O primeiro acórdão do STJ sobre o tema data de 1995, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. É o Resp 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 pela 4ª Turma, com publicação no DJ 1º de abril de 1996. O caso já é clássico e seu resumo é este: a) dois segurados promoveram ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo; b) os segurados deixaram de pagar a última parcela na data do sinistro, o que foi confessado na inicial; c) apreciada a ação pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, entendeu a corte que o segurado tinha “obrigação primordial” de pagar o “prêmio do seguro”. Sem isso, nada poderia exigir da seguradora, na hipótese de se achar em estado de inadimplência.

No STJ, com base nas lições de Clóvis do Couto e Silva, o relator ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. deu provimento ao recurso utilizando-se da doutrina do adimplemento substancial. Segundo ele “a companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com sua obrigação, não sendo sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio”.

A introdução da teoria do adimplemento substancial no STJ é um perfeito exemplo da virtuosa associação entre doutrina e jurisprudência, um diálogo cada vez mais raro em função do enorme acervo que os tribunais são levados a vencer todos os dias e, infelizmente, pela postura mais reativa que parte dos doutrinadores acabou por assumir em seus ofícios nas universidades e nos livros.

O surgimento do adimplemento substancial

A teoria do adimplemento substancial tem sua origem na doutrina e na jurisprudência inglesas, que a partir de 1779 desenvolveu a doutrina da “substancial performance”. Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três 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, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente. [2]

No Direito inglês, há alguns precedentes antigos, sendo o relator Lord Mansfield o responsável pelo desenvolvimento da noção de condição precedente para tratar das obrigações que dependem do adimplemento da outra parte para poderem surgir. [3] Um bom exemplo disso está no caso *Boone v. Eyre* (1777), que teve por objeto um contrato

celebrado por meio do qual o autor (Boone) traditaria uma fazenda e seus escravos, ao passo em que o réu (Eyre) pagaria o preço de 500 libras, somado a prestações anuais de 160 libras, com caráter perpétuo. Boone alienou a propriedade, mas não tinha direitos de transferir os escravos. Eyre, em um típico caso de *exceptio non adimpleti contractus*, sobrestou o pagamento das prestações anuais. Ao decidir o caso, Lord Mansfield entendeu que a obrigação de dar a coisa (os escravos) não seria uma condição precedente em face da obrigação de pagar as prestações anuais perpétuas. O preço já havia sido pago. Restaria apenas a conversão em perdas e danos.^[4]

Trazendo para uma linguagem mais familiar ao Direito Civil brasileiro, pode-se dizer que, em face do adimplemento substancial, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Essa é a “tradução” da solução de *common law* para os padrões linguísticos de *civil law*.

Otávio Luiz Rodrigues Junior, em seu livro sobre a revisão judicial de contratos^[5], citando a obra de Edward Errante, refere-se a um exemplo hipotético de adimplemento substancial, que também permite compreender essa doutrina em sua concepção inglesa. As aspas correspondem ao texto do professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco e também coordenador da coluna Direito Civil Atual:

- a) Uma empreiteira foi contratada para construir uma mansão, “tendo o contratante fornecido o projeto e as especificações da obra”. No prazo de sua entrega, a empreiteira “apresentou a casa ao proprietário, ficando evidente a observância de todas as indicações arquitetônicas e o uso dos materiais acordados, exceto por faltarem maçanetas em duas portas”.
- b) Nesse caso, “considerou-se ter havido o cumprimento substancial da obrigação” pela empreiteira, “dada a insignificância das maçanetas no contexto da empreitada”.
- c) Assim, o contratante “não estaria liberado da prestação que lhe imputava o contrato – que é o pagamento da obra. Ser-lhe-ia lícito, porém, deduzir o valor das peças ausentes e o custo da instalação por terceiros”.
- d) De tal modo, em situações tais, a parte não poderá resolver a avença invocando a exceção do contrato não cumprido e será compelida a cumprir a sua respectiva prestação.

Porém, reserva-se a esse contratante o direito à parcela faltante ou às perdas e danos exclusivamente em relação à performance imperfeita do contrato.

É muito importante e necessário dizer que, no Direito inglês, no século XX, há poucos julgados que utilizam a *substantial performance*. Esse caráter rarefeito indica que, em sua origem, o instituto é usado com parcimônia e extremo cuidado. Os magistrados ingleses salientam que a regra é o cumprimento estrito dos contratos e que a ideia de que parcelas mínimas de uma obrigação não poderiam admitir o exercício de um direito potestativo resolutivo pleno está centrada no juízo de equidade, que desde os tempos de Henrique VIII serve para temperar os rigores do direito estatutário.

Não se pode, desse modo, aplicar a noção criada pelos ingleses sem que se desconsidere seu contexto histórico e sua visão restritiva. Outrossim, a vinculação do adimplemento substancial inglês com a boa-fé objetiva, em sua concepção atual, é um equívoco que muitos reproduzem, ignorando que se trata de uma doutrina do século XVIII, quando nem mesmo na Alemanha se havia cogitado uma cláusula geral como a da boa-fé objetiva, nos moldes de seu desenvolvimento na segunda metade do século XIX.

Essa comparação se torna ainda mais curiosa quando se atravessa o Canal da Mancha e se adentra ao Direito Continental, mais próximo a nossa realidade.

Veja-se, por exemplo, o caso da Itália.

O Direito italiano recepcionou a doutrina da *substantial performance*, com disposições no Código Civil. O adimplemento substancial tem por efeito não permitir o exercício do direito de resolução ao credor em face ao inadimplemento de pouca importância. Na Itália, os requisitos são objetivos, previstos em lei e se espriam por tipologias negociais distintas.

A presença do adimplemento substancial na legislação, como se dá na Itália, 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 segurança jurídica e um desestímulo à judicialização. As partes conhecem os limites de suas condutas e, por efeito, de suas pretensões.

Na próxima coluna, exploraremos a casuística do adimplemento substancial no Superior Tribunal de Justiça.

** Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Lisboa, Girona, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF e UFC).*

[1] O texto desta coluna corresponde, de modo parcial e com modificações, à palestra do autor na XXII Conferência Nacional dos Advogados, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e realizada nos dias 20 a 23 de outubro de 2014, no Rio de

Janeiro.

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

[3] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. p. 71.

[4] A íntegra do precedente inglês pode ser encontrada aqui:
<https://h2o.law.harvard.edu/cases/2417>. Acesso em 6-2-2015.

[5] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. p. 72.

Antonio Carlos Ferreira é ministro o Superior Tribunal de Justiça.

Revista **Consultor Jurídico**, 9 de fevereiro de 2015, 8h00

DIREITO CIVIL ATUAL

A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 2)

29 de junho de 2015, 8h12

Por Antonio Carlos Ferreira

1. Introdução

Minha primeira contribuição para a coluna *Direito Civil Atual* teve por objeto o instigante [tema do adimplemento substancial](#), quando examinei as origens dessa doutrina no Direito inglês do século XVIII e sua evolução até os últimos anos. Cuidei de explorar as diferenças de fundamentos teóricos do adimplemento substancial inglês e aquele que veio a ser formar no Brasil, graças a um fecundo diálogo entre a doutrina, especialmente aquela de origem alemã, recepcionada por intermédio dos escritos de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, e a jurisprudência, representada pela sempre original atuação de um dos mais importantes ministros da história do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cuja trajetória está muito bem delineada em entrevista por ele concedida a Jorge Cesa Ferreira da Silva, publicada na *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, volume 3, pp. 355-374, de abril-junho de 2015.



Foi prometido aos leitores que a coluna teria uma segunda parte, que se ocuparia de modo mais pragmático do exame da jurisprudência sobre a *substantial performance*, tomando-se como objeto de análise o trabalho do Superior Tribunal de Justiça.

2. O adimplemento substancial em números

Em pesquisa na base de dados de jurisprudência do STJ, abrangente de 1989 a junho de 2015, é possível encontrar 29 acórdãos e 295 decisões monocráticas nas quais o adimplemento substancial foi objeto de algum dos capítulos decisórios. Interessam, ao menos para esta coluna, apenas os julgamentos colegiados, que permitem compreender o pensamento definitivo da Corte sobre a matéria.

Desses 29 acórdãos, 12 não chegaram ao exame do mérito, vencidos que foram por óbices clássicos como os fornecidos pelas Súmulas 5 e 7 do STJ ou ainda pelas Súmulas 282 e 356 do STF.^[1] Em outros 2 acórdãos, o STJ chegou a apreciar as conclusões do tribunal de origem, firmando alguma posição sobre a hipótese julgada, mas não a alterando sob o influxo das Súmulas STJ 5 e 7.^[2] É bem interessante notar que os últimos 9 acórdãos, correspondentes ao período de 2013-2015, foram todos dessa natureza. Preservou-se o contexto fático da demanda vinda dos tribunais locais e não se sentiu o STJ autorizado a revisar cláusulas contratuais e matérias de fato ou superar deficiência no prequestionamento. Sobre esses últimos julgados pode-se construir uma hipótese de que o STJ tem sido mais rigoroso no filtro das questões sobre o adimplemento substancial. Trata-se apenas de uma hipótese, pois admiti-la como tese implicaria a necessidade de um tempo maior de observação da série histórica de julgados sobre o tema. Mas, é uma hipótese não desprezível.

Dentre os casos decididos pelos órgãos colegiados do STJ encontram-se as seguintes modalidades negociais: a) contrato de fornecimento (contrato administrativo) - Resp. 914087-RJ; b) contrato de seguro de automóvel (Resp. 76.362-MT); c) contrato de promessa de compra e venda (Resp. 113.710-SP, Resp. 1.215.289-SP, AgRg no AgResp 13.256-RJ); d) contrato securitário no âmbito da previdência privada com aquisição de cobertura de pecúlio por morte (Resp 877.965-SP); e) contrato de doação com reserva de usufruto (Resp. 656.103-DF); f) alienação fiduciária em garantia (Resp. 1.287.402-PR, Resp. 469.577-SC, Ag Rg no AgResp 204.701-SC, Resp. 272.739-MG); g) contrato de arrendamento mercantil (Resp. 1.200.105-AM, Resp. 1.051.270-RS); h) contrato de compra e venda (Resp. 712.173-RS).

Esses dados são interessantes porque afastam a ideia de que o adimplemento substancial é uma doutrina preponderantemente utilizada em contratos de seguro. É perceptível que houve um alastramento de seu uso para outras espécies contratuais, o que deve ser objeto de especial atenção pelos agentes econômicos e pelos operadores do Direito.

Outro ponto que merece cuidado é a percepção do que seja o decaimento mínimo para o STJ. Como expusemos na primeira coluna, um dos tópicos mais importantes no estudo do adimplemento substancial é definir o que seria a parcela insignificante de pagamento não adimplida pelo devedor e que permitiria a invocação da teoria para afastar os efeitos da mora.

Seguem alguns dos critérios utilizados:

a) *Atraso na última parcela*: Resp. 76.362-MT.

b) *Inadimplemento de 2 parcelas*: Resp. 912.697-GO.

c) *Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem*: Resp. 469.577-SC.

d) *Inadimplemento de 10% do valor total do bem*: Ag Rg no AgResp 155.885-MS.

e) *Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido*: Resp. 1.051.270-RS.

3. Elementos para uma doutrina do adimplemento substancial a partir da casuística do STJ

a) *Requisitos para o adimplemento substancial.* O primeiro acórdão do STJ sobre o adimplemento substancial, de relatoria do ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., é até hoje a referência sobre os requisitos para a aplicação dessa doutrina no Direito Privado. Para o relator, o adimplemento substancial demanda: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes. Um exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio. Essa correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter *substancial* do adimplemento realizado; c) é possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.^[3]

b) *Adimplemento substancial e direito potestativo à resolução do contrato.* O reconhecimento de que, no Direito brasileiro, o adimplemento substancial serviria como uma espécie de causa paralisante do direito potestativo à resolução do negócio jurídico por inadimplemento radica-se em outro julgado de relatoria do ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, quando este afirmou: “Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional”.^[4]

Em julgado mais recente, o ministro Sidnei Beneti afirmou que não há incompatibilidade entre o adimplemento substancial e a *exceptio non adimpleti contractus*, dado que “tais institutos coexistem perfeitamente podendo ser identificados e incidirem conjuntamente sem ofensa à segurança jurídica oriunda da autonomia privada”.^[5]

c) *O que é “parcela ínfima”?* O conceito de parcela ínfima, o elemento objetivo para caracterizar o adimplemento substancial, é menos uniforme na jurisprudência do STJ, como

visto na seção anterior desta coluna. Nesse ponto, os parâmetros terminam por ser menos rígidos. O percentual de menos de 20%^[6] do valor do bem ou 14%^[7] do total devido foi utilizado para essa finalidade, bem como a circunstância de não haver sido paga a última parcela da dívida, associada a óbices criados pelo próprio credor.^[8]

Trata-se, de fato, de um ponto que está a merecer maior sedimentação no STJ.

d) *Em que se fundamenta o adimplemento substancial?* O fundamento mediato do adimplemento substancial, em acórdãos de relatoria da ministra Nancy Andrighi, seria a função limitadora do exercício dos direitos pela boa-fé objetiva, que se colocaria ao lado da doutrina dos atos contraditórios.^[9] É também encontrável acórdão, da lavra do ministro Luís Felipe Salomão, que empresta ao adimplemento substancial o fundamento imediato da boa-fé objetiva e da função social do contrato, associados ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.^[10]

e) *Adimplemento substancial e Direito Processual Penal.* Um debate que surge na atualidade é o relativo à extensão do adimplemento substancial para o Direito Processual Penal, no que se refere à extinção de punibilidade e à suspensão condicional do processo. Começam a surgir críticas a essa extensão da doutrina para além dos campos do Direito Privado:

“ “Não há uma relação de natureza obrigacional entre o condenado e o Estado. O réu cumpre uma pena e o fundamento de sua sanção, que assume variegadas explicações ao longo da História do Direito Criminal, não é o de uma contraprestação a um crédito ou débito contraído pelo apenado. (...) O apenado não é um ‘devedor’, muito menos a suspensão condicional assume caráter de um negócio jurídico. Se esta distinção é correta, não há como se reconhecer um ‘direito potestativo’ à “resolução” do *sursis* (as aspas são propositais). Por mais belos que possam ser os requisitos do adimplemento substancial no Direito Civil, é totalmente impossível adaptá-los aos esquemas teóricos igualmente respeitáveis do Direito Penal”^[11].

Na corte, não há precedentes de colegiado sobre o uso da doutrina do adimplemento substancial em matéria de *sursis* ou de extinção de punibilidade. Encontrei, porém,

decisões monocráticas do ministro Sebastião Reis Júnior e da ministra Maria Thereza de Assis Moura nas quais se rejeitou a tese de sua aplicação ao caso.^[12] Não houve um exame específico do cabimento da doutrina no Direito Penal, mas quer me parecer que a transposição desse conceito para além das fronteiras de uma relação jurídico-obrigacional não se revela muito apropriada.

4. Conclusão

Encerro com esta coluna minha pequena contribuição ao estudo da doutrina do adimplemento substancial, sempre tendo como norte o necessário diálogo entre o “Direito dos professores” e o “Direito dos juízes”. Tenho a esperança de que as ideias lançadas aqui e na coluna anterior possam estimular o debate e a reflexão sobre um tema de tal importância para a segurança jurídica e para o equilíbrio das relações negociais no Brasil.

Não é possível esquecer que a doutrina da *substantial performance* nasceu no século XVIII, bem antes da formulação moderna da boa-fé de matriz alemã, em uma tradição jurídica diferente da nossa e que, mesmo hoje em dia, é aplicada com parcimônia pelos tribunais ingleses. No Brasil, o adimplemento substancial corre o risco de padecer sob os efeitos da má recepção de institutos jurídicos. É importante que essa doutrina seja estudada em profundidade e que as balizas para sua incidência se tornem cada vez mais objetivas e previsíveis.

Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Lisboa, Girona, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC e UFMT).

[1] STJ. AgRg no REsp 1489600/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015; STJ. AgRg no AREsp 185.138/CE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014; STJ. AgRg no AREsp 362.459/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 25/11/2014; STJ. AgRg no AREsp 403.340/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014; STJ. AgRg no AREsp 382.989/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014; STJ. AgRg no AREsp 204.701/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 17/12/2013; STJ. AgRg no AREsp 13.256/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 04/09/2013; AgRg no AREsp 238.432/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/06/2013, DJe

21/06/2013; AgRg no REsp 1262530/RN, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 28/06/2013; AgRg no Ag 607.406/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 29/11/2004, p. 346); AgRg no Ag 1140717/SC, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 27/10/2009; REsp 113.710/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/02/1997, DJ 31/03/1997, p. 9640.

[2] STJ. AgRg no AREsp 155.885/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012; STJ. REsp 1200105/AM, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.

[3] STJ. REsp 76.362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

[4] STJ. REsp 272.739/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299.

[5] STJ. REsp 1215289/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 21/02/2013.

[6] STJ. REsp 469.577/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310.

[7] STJ. REsp 1051270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011.

[8] STJ. REsp 712.173/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 12/03/2007, p. 222.

[9] STJ. REsp 953.389/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010; STJ. REsp 1202514/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 30/06/2011.

[10] STJ. REsp 877.965/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012.

[11] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Teoria do adimplemento substancial não deve ser usada em decisões penais. Coluna Direito Comparado. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 10.9.2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-10/direito-comparado-teoria-adimplemento-substancial-nao-usada-decisoes-penais2>. Acesso em 13-6-2015.

[12] STJ. HC 182908. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Dje 28/05/2014; STJ. RHC 047403. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/05/2014.

Antonio Carlos Ferreira é ministro o Superior Tribunal de Justiça.

Revista **Consultor Jurídico**, 29 de junho de 2015, 8h12