

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: DA BOA-FÉ AOS REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

SUBSTANTIAL PERFORMANCE THEORY: FROM BONA FIDE TO ITS USE REQUIREMENTS



João Guilherme Dal Fabbro¹

RESUMO: Este artigo realiza imersão no campo do direito das obrigações para, em seguida, traçar os contornos jurídicos e perspectiva histórica da chamada teoria do adimplemento substancial. A ausência de positivação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro não afasta a rica e engenhosa construção doutrinária acerca do tema, tomando como ponto de partida não só a obra de Clovis Couto e Silva, a Obrigação como Processo, como também o princípio da boa-fé objetiva. Em termos de direito comparado, não é de se estranhar que a teoria teve amplo desenvolvimento e aceitação em países adeptos do common law, nos quais a prática contratual e o estabelecimento de precedentes são verdadeiras fontes de direito. Também são feitas incursões nos ordenamentos de países de civil law, centrados na tradição jurídica romano-germânica. A pesquisa também volta-se para a aplicação da teoria pelos tribunais brasileiros, com início nas decisões de Ruy Rosado de Aguiar na década de 1980, e detalhamento do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da teoria em diferentes relações obrigacionais e setores da economia. Ao final, o artigo tece conclusões sobre o tema, realçando sua importância para a operabilidade das relações civis e a necessária parcimônia em sua aplicação nas relações obrigacionais decorrentes de contrato.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigações. Adimplemento Substancial. Boa-fé.

ABSTRACT: This paper performs an immersion in the field of the obligations to then outline the legal limits and historical perspective of the so-called substantial performance theory. The lack of express legal grounds of the theory in the Brazilian legal system does not remove the rich and ingenious doctrinal construction on the subject, taking as a starting point the work of Clovis Couto e Silva, Obligation as a Process, but also the principle of bona fide. In terms of comparative law, it is not surprising that the theory has had wide development and acceptance in common law countries, where contractual practice and the establishment of precedents are true sources of law. Incursions are also made in the systems of civil law countries, centered on the Roman-Germanic legal tradition. The research also focuses on the application of the theory by the Brazilian courts, starting with the decisions of Ruy Rosado de Aguiar in the 1980s, and detailing the position of the Superior Court of Justice on the application of the theory in different obligatory relationships and sectors of economy. In the end, the article draws conclusions on its object, stressing its importance for the operability of civil relations and the necessary parsimony in its application in the obligatory relations that arise from a contract.

KEYWORDS: Obligation law. Substantial Performance. Bona fide.

¹ Advogado, especialista em responsabilidade civil pela FGV-SP, mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sócio de Cascione Advogados.

SUMÁRIO: Introdução e delimitação do tema. 1. O Conceito de Obrigação. 1.1. Teoria Monista. 1.2. Teoria Dualista. 2. Uma nova concepção da obrigação | O primado da boa-fé objetiva. 3. Adimplemento Substancial | Conceito 4. Origem da Teoria do Adimplemento Substancial | Países de Common Law. 4.1. Aplicação em países de Civil Law. 5. Aplicação do adimplemento substancial pelos tribunais brasileiros. 6. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction and theme delimitation. 1. Obligation concept. 1.1 Monist theory. 1.2. Dualistic theory. 2. A new conception of obligation | Bona fide's primacy. 3. Substantial performance | Definition. 4. Substantial performance origin | Common law countries. 4.1. Civil law countries application. 5. Substantial performance application by Brazilian courts. 6. Conclusion. References.

Introdução e Delimitação do Tema

Este artigo busca sistematizar a aplicação da chamada Teoria do Adimplemento Substancial, por meio de abordagens histórica, dogmática e jurisprudencial do tema.

A importância do estudo do assunto é de atualidade notória, já que, dentre as variadas nuances que comporta, é possível afirmar que seu desenvolvimento teórico e aplicação prática demandam análise sob a ótica do princípio da conservação dos contratos, elemento a ser prestigiado em momentos históricos de crise perene, como a que nos inserimos.

Circunscrever o tema, contudo, ao princípio da conservação dos contratos seria simplificação ingênua e deletéria: o estudo do adimplemento substancial se dá em meio a reflexões sobre cláusula geral, conceitos jurídicos indeterminados, lacunas legislativas, abuso de direito e os imperativos de eticidade e operabilidade do Código Civil.

A obra de Clóvis do Couto e Silva é reconhecida, no Brasil, como a primeira a fornecer o instrumental teórico necessário para o desenvolvimento da Teoria do Adimplemento Substancial.

Em reveladora passagem do seminal *A obrigação como processo*, ao confrontar o estado da ciência jurídica na segunda metade do Século XX com o marcante positivismo da ciência no Século XIX, o jurista explora a ideia da permeabilidade do sistema jurídico ao asseverar que com a superação, em nossos dias, do conceito de sistema como algo fechado, surgem as contribuições da sociologia e as experiências da jurisprudência². Ao final, conclui que a ciência jurídica não comporta o raciocínio matemático³, em uma possível provocação ao axioma de que os fatos se subsomem com perfeição ao comando normativo.

² SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pg. 69.

³ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação*, cit., pg. 69.

Nessa ordem de ideias, cabe anotar que o Direito se caracteriza como ciência social aplicada de carga altamente valorativa voltada a fenômenos sociais, tais como são o fenômeno obrigacional e o contratual. A entrada dos fatos sociais no mundo jurídico dá-se pela subsunção do fato à norma. Assim, o desafio que se coloca ao operador do Direito é, valendo-se de ferramentas como a permeabilidade e operabilidade do sistema jurídico, analisar e interpretar os fatos sociais e dar a eles o tratamento mais consentâneo com o ordenamento jurídico.

Tratando-se de teoria sem previsão expressa no direito positivo brasileiro, a aceitação e aplicação do adimplemento substancial é a evidência daquilo que Norberto Bobbio chamou de dogma da completude do ordenamento jurídico, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas⁴. Cláusulas gerais, como a boa-fé, e a lapidação de sua extensão e efeitos para a construção de uma teoria como a do adimplemento substancial, visam preencher as lacunas jurídicas que todo ordenamento fatalmente apresenta.

1. O Conceito de Obrigação

O direito obrigacional fundamenta-se tradicionalmente em três paradigmas: autonomia privada, *pacta sunt servanda* e pontualidade. É nesse tripé que os variados conceitos de obrigação oferecidos pela doutrina vão se apoiar.

Emilio Betti conceitua obrigação como a relação jurídica patrimonial entre duas pessoas, por força da qual uma pessoa (o devedor) é responsável em face da outra pessoa (o credor) pelo verificar-se de um evento determinado (positivo ou negativo) que, em regra, é por ele devido (=prestação)⁵.

Washington de Barros Monteiro, por sua vez, define obrigação como a 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.⁶

É interessante notar que Barros Monteiro levanta dois elementos ausentes das palavras de Betti: transitoriedade e caráter econômico.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª edição, 1995, pg 120.

⁵ BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Editora Bookseller, 2005, pg. 280.

⁶ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil – Direito das obrigações*, 1ª parte, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2015, pg. 8.

De fato, as obrigações nascem para morrer, em oposição à perenidade assegurada pelos direitos reais. No que se refere ao caráter econômico das obrigações, Roppo confirma as palavras de Barros Monteiro ao asseverar que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas⁷. O interesse econômico por trás do cumprimento de prestações é de fulcral importância para o desenvolvimento deste trabalho.

A relação obrigacional é vista de diferentes maneiras pela doutrina. Passaremos a tecer breves considerações sobre cada uma delas.

1.1. Teoria Monista

A teoria monista, também chamada de clássica, classifica a relação obrigacional como um elemento único. Pontes de Miranda aponta que:

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.⁸

A relação de sujeição é elemento característico da teoria clássica⁹. Para os clássicos, obrigação e responsabilidade seriam elementos indissociáveis: à consequência da falta de recebimento pelo credor da obrigação de prestar corresponderia necessariamente a responsabilidade patrimonial¹⁰.

1.2. Teoria Dualista

O dualismo obrigacional tem como origem o direito alemão, responsável por cindir o fenômeno obrigacional em dois polos: a obrigação¹¹ (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*).

⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 1988, pg. 24.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações*. Tomo XXII, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, pg. 12.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Teoria das Obrigações*. 23ª edição, rev., atual., v. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 6 e 25.

¹⁰ A limitação da responsabilidade ao patrimônio do devedor representou evolução do direito romano, que até a promulgação da *Lex Poetelia Papiria* (325 a.c.) permitia que o devedor tivesse seu corpo utilizado para a quitação de sua obrigação, seja via escravidão, seja via esquarteramento.

¹¹ Ponte de Miranda põe em xeque tomar a expressão dívida como sinônimo de obrigação ao afirmar que “corta-se ao direito das obrigações o que é obrigação fora do direito das obrigações”. Obrigações *ex delicto*, por exemplo, são obrigações fora do direito das obrigações. *Op cit*, pg. 12.

O espírito por trás do dualismo obrigacional é evidenciar que uma obrigação qualquer (cujo conteúdo é a prestação ou o débito) subsiste ainda que haja responsabilidade patrimonial do devedor.

No sentido técnico do Direito privado patrimonial, o débito pode ser definido como o dever jurídico de executar uma determinada prestação de valor econômico. Já no que se refere à responsabilidade, é a situação jurídica de vínculo caracterizada pelo perigo de perder um bem, a título de satisfação alheia (ou seja, em relação ao qual se está vinculado), por não se verificar um evento por este esperado, ou de se verificar um evento por ele temido¹². A essência da responsabilidade (*Haftung*) consiste, por sua vez, na “submissão ao poder de intervenção daquele a quem não se presta o que deve ser prestado”¹³.

A situação tradicional de obrigação sem responsabilidade é a das obrigações naturais, como é o caso da dívida de jogo, ou o caso de dívidas pecuniárias prescritas: em ambas há um fato social reconhecido como obrigação reconhecida pelo Direito, mas a responsabilidade patrimonial pelo cumprimento da prestação já deixou de existir. A obrigação, nestes casos, limita-se ao seu imperativo moral.

O elemento comum entre as teorias monista e dualista reside no fato de que ambas as visões colocam o fenômeno obrigacional como situação estática, conferindo pouca ênfase a valores importantes e consagrados pelo Código Civil, tais como a necessária observância dos deveres de confiança, lealdade e boa-fé entre as partes no tráfego comercial.

A ideia de reciprocidade entre credor e devedor, de necessária interação e cooperação ao longo do programa contratual, parece ser elemento estranho às teorias monista e dualista da obrigação.

Pontes de Miranda, em seu célebre Tratado de Direito Privado, escrito entre 1954 e 1969, afirmou que [O] credor não é vinculado à obrigação. Vinculado é o devedor¹⁴. De fato, a obrigação é assumida pelo devedor em benefício do credor. Por outro lado, sendo o contrato instrumento de uma determinada operação econômica, seria desarrazoado que a ciência jurídica não voltasse seu olhar para fenômenos contratuais cada vez mais complexos nos contratos sinalagmáticos, em que a observância dos deveres bilaterais de cooperação, salvaguarda e informação assumem papel de relevo.

¹² BETTI, Emilio. *Teoria geral...*, cit, pgs. 253-254.

¹³ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Tradução espanhola de Pablo Salvador Coderch. Barcelona: Editora Ariel, 1987 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, pg. 223.

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, cit, pg 16.

É nesse emaranhado de relações obrigacionais, concatenadas para atingir um determinado fim, que o fenômeno obrigacional passou a ser visto, após a apresentação por Clovis Couto e Silva de tese para obtenção da livre docência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1964, como um processo, um conjunto orgânico e sequencial de deveres, em uma verdadeira relação simbiótica para o atingimento de um fim. A concepção finalística da obrigação recebeu a devida ênfase, passando a ser a espinha dorsal na verificação da exatidão do cumprimento da prestação.

2. Uma nova concepção da obrigação | O primado da boa-fé objetiva

A doutrina reiteradamente anota que o direito das obrigações é, historicamente, o setor do direito privado mais resistente às mudanças políticas e morais do meio social¹⁵. O conceito de obrigação como totalidade, ou como estrutura ou forma ou da obrigação como processo, já era conhecida, sobretudo pelos autores germânicos.¹⁶ Couto e Silva vale-se dos ensinamentos de Karl Larenz para desenvolver sua concepção, inovadora no Brasil, da obrigação, embora o jurista alemão não tenha, no curso de sua exposição, se utilizado explicitamente desse conceito¹⁷.

Couto e Silva desenvolve a teoria por meio da separação entre as etapas de nascimento e desenvolvimento dos deveres e a do adimplemento, da *solutio*. O desdobramento da relação obrigacional recebe caráter absolutamente dinâmico e em cadeia, visando o adimplemento. O foco no objetivo a ser cumprido pela obrigação ajustada é componente explícito de sua construção: a obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor¹⁸.

Neste particular, Anderson Schreiber, ao confrontar a teoria dualista com uma visão holística da obrigação, - que não se confunde com a mera soma de suas partes - afirma 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 prolongam¹⁹. A obrigação

¹⁵ GAUDEMET, Eugén. *Théorie Générale des Obligations*. Paris: Editora Sirey, 1965, pg. 10 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, pg. 223.

¹⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, *cit*, pg. 11.

¹⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, *cit*, pg. 20.

¹⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, *cit*, pg. 382.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *A tríplex transformação do adimplemento (adimplemento substancial,*

de garantia contra defeitos de um produto dada em contratos de compra e venda, por exemplo, é um dever de natureza secundária, devido pelo credor da prestação principal de pagamento, e que nasce e vige após o adimplemento do preço e respectiva entrega do bem.

A base da construção doutrinária que vê a obrigação como um processo encontra-se na boa-fé objetiva: apesar de sua positivação somente em 2002 no direito brasileiro, seu reconhecimento pela jurisprudência como princípio a ser observado nas relações obrigacionais já vinha ocorrendo como cláusula geral “mediante um engenhoso artifício, qual seja, o de dar caráter e, principalmente, função de cláusula geral ao princípio inexpresso que resultaria do conjunto de disposições²⁰.

A depuração do conceito de boa-fé, isto é, a tentativa de tirar dele os preceitos aplicáveis às relações civis, é ao mesmo tempo esforço conceitual que exige sedimentação, mas que impõe constante evolução. Pode-se dizer que o imperativo da boa-fé impõe às partes contratantes que ajam com retidão, observando-se um padrão de comportamento de acordo com normas sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte²¹.

A boa-fé objetiva representa que os agentes se comportem durante o programa contratual com lealdade, afastando qualquer possibilidade de malícia ou de indução a vícios de consentimento. Emilio Betti vai além, e aponta que a boa-fé resulta em um comportar-se segundo um critério de correção, de modo a evitar um dano maior à contraparte ou, pelo menos, um dano maior do que resulta da própria situação²². A postura cooperativa e “correta” das partes é esperada a fim de que o nascimento, desenvolvimento e adimplemento das obrigações transcorram de forma aderente às circunstâncias negociais e em cumprimento ao *pacta sunt servanda*.

Massimo Bianca chega a falar em efetiva solidariedade contratual, que se traduz em dois cânones de conduta: a lealdade de comportamento e a obrigação de salvaguarda²³. A obrigação de salvaguarda é verdadeira obrigação lateral, secundária à obrigação principal, a reforçar todo os deveres permanentes que as partes devem observar para atingir o fim contratual.

inadimplemento antecipado e outras figuras). Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, 2017, pg. 51.

²⁰ MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé...*, pg. 382.

²¹ ROSENWALD, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenador Cezar Peluso, 10ª edição, rev. e atual. Barueri: Manole, pg. 440.

²² BETTI, Emilio. *Teoria geral...*, cit, pg. 86.

²³ BIANCA, Massimo. *La nozione di buona fede qual regola di comportamento contrattuale*. Rivista de diritto civile, ano XXIX, primeira parte, 1983, pg. 209.

É digno de nota que correção e solidariedade contratual são expressões constantes do próprio artigo 1175 do Código Civil Italiano, pelo qual *Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza [in relazione ai principi della solidarietà corporativa]*.

A mesma solidariedade contratual exposta pelo jurista italiano pode ser verificada em nosso ordenamento: a boa-fé, positivada em nossa lei civil há 20 anos, encontra também guarida constitucional, no artigo 3, inciso I, da Constituição Federal, ao prever que é um dos objetivos da nação construir uma sociedade solidária²⁴. Teresa Negreiros afirma que é possível reconduzir o princípio da boa-fé aos ditames constitucionais que determina como objetivo fundamental da república a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica²⁵.

A tridimensionalidade do Direito nos ensinou que a ciência jurídica se assenta no tripé fato, valor e norma. O padrão de comportamento que se espera de quem age imbuído de boa-fé objetiva é reflexo dos valores, da moral encampada por determinado ordenamento jurídico. As palavras de Georges Ripert, em seu sugestivo *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, ajudam a elucidar, mais uma vez, o alcance da boa-fé e o adimplemento substancial. Diz o jurista francês:

Contra o exercício ilimitado dos direitos, [a regra moral] ensina que pode haver uma injustiça a esgotar as prerrogativas duma faculdade; que se deve controlar a ação do credor provinda do contrato e ligando a si o devedor; que o juiz deve apreciar com que sentido e com que fim age aquele que pretende exercer um direito, e, se essa ação não é lícita, recusar-lhe o seu concurso²⁶.

O professor da Faculdade de Direito de Paris vai além:

[a] moral ensina-nos também que é preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento²⁷.

²⁴ Constituição Federal, artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

²⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pg. 117.

²⁶ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas, Bookseller, 2000, pg. 24.

²⁷ RIPERT, Georges. *A regra ...*, cit, pg 24.

A concepção do fenômeno obrigacional como um processo centra sua análise em três elementos fundamentais para o direito das obrigações: a vontade, a causa/fim e a boa-fé. Diferentemente que possa parecer, a concepção não visa relativizar a força cogente da vontade.

Couto e Silva é enfático quando se propõe a investigar outros elementos formadores da obrigação além da vontade. Para o autor, a explicação de todos os atos jurídicos tendo por critério a vontade – mesmo quando inexistente – é sobrevivência da ciência do direito do século XIX, e pertence à categoria das concepções já relegadas ao museu do pensamento²⁸. É cuidadoso, porém, ao manter a análise da vontade como assunto de primeira importância na dogmática do direito das obrigações: continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo²⁹.

O jurista, contudo, reconhece a força da boa-fé como elemento de interpretação integradora e de geração de direitos, ao afirmar que:

Há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses³⁰.

Finalizamos esses contornos da obrigação como processo mais uma vez com o pensamento de Couto e Silva, para quem desde logo importa deixar claro que nem todo adimplemento que não satisfaça integralmente à outra parte redundará em lesão ao princípio [da boa-fé objetiva], pois a infringência há de se relacionar sempre com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica de outrem³¹. Estão aí as bases para a teoria do adimplemento substancial.

3. Adimplemento Substancial | Conceito

A teoria do adimplemento substancial representa, em síntese, a flexibilização das consequências do cumprimento inexato da obrigação. Consiste na satisfação do direito do credor da relação obrigacional por meio de uma prestação cumprida de maneira inexata,

²⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, cit, pg. 36.

²⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, cit, pg. 31.

³⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, cit, pg. 38.

³¹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, cit, pgs. 37 e 38.

diferente da contratada, imperfeita, portanto. A razão de ser desta figura está em que, entre extinguir o negócio jurídico e preservá-lo, sua preservação é justificada por razões de utilidade³².

Para que o adimplemento se verifique de forma escoreta, é necessário qualificá-lo pela forma negativa. Nosso Código Civil estabeleceu que a mora se dá não apenas quando do incumprimento da obrigação dentro do prazo estipulado, como o fez o Código Civil português³³, mas também na hipótese de cumprida a obrigação fora do lugar e forma ajustados. É essa a redação do artigo 394 do nosso diploma³⁴.

O objetivo da teoria do adimplemento substancial é primeiramente avaliar a extensão do incumprimento para, somente após, admitir ou não a resolução do contrato, a fim de evitar abuso de direito por parte do credor. Para que se configure adimplemento substancial de uma obrigação, seu cumprimento deve qualitativa e quantitativamente se aproximar do completo, verificando-se apenas um desvio insignificante do que foi estipulado em contrato.

A teoria não é expressamente positivada no direito brasileiro. Sua construção dogmática e jurisprudencial, contudo, guarda íntima relação com o dever de lealdade, confiança e boa-fé objetiva que as partes devem observar no trato negocial. O tema se insere no quadrante formado pelas disposições dos artigos 187³⁵ (abuso de direito), 421 e parágrafo único³⁶ (função social e preservação do contrato), 422³⁷ (boa-fé objetiva) e 475³⁸ (resolução contratual).

Sobre o abuso de direito, Rubens Limongi França afirma que consiste em ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito³⁹. Aplicando-se o conceito ao adimplemento substancial, a discussão que ora se impõe é em que medida um credor que não recebeu a prestação no tempo, lugar e forma pode pedir a resolução contratual e, alternativamente, deixar de honrar com a sua parte na avença?

³² MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé...*, cit, pg. 758.

³³ Art. 804: o devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda que possível, não foi efectuada no tempo devido.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

³⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁸ 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.

³⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991, pg. 889.

Não há direito que seja absoluto, sequer o direito à vida (v.g. o caso da legítima defesa), tampouco o de propriedade. Para Menezes Cordeiro, “não há limites genéricos aos direitos, mas tão só, disposições limitativas. Todos os limites efectivos ao conteúdo dos direitos exigem uma determinação do caso concreto”⁴⁰.

Assim, a dificuldade de sistematização da teoria do adimplemento substancial reside justamente neste ponto, pois sua aplicação não pode, de um lado, derogar o princípio da *pacta sunt servanda*, e, de outro, deve representar a expressão da mais absoluta boa-fé contratual que se espera dos contratantes. Couto e Silva adverte, neste particular, que a aplicação do princípio da boa-fé, na opinião de alguns, teria o perigo de subverter toda a dogmática, desde que não se lhe desse justa medida de incidência⁴¹.

É a boa-fé, mais uma vez, que deve conformar os limites da aplicação da teoria do adimplemento substancial, e seu mecanismo de atuação também se dá pela vedação ao abuso de direito. No plano eficaz, a boa-fé (superposta à “confiança legítima”), atuando como “baliza da licitude” indicará as variadas possibilidades técnicas de coibição do exercício de direitos e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada⁴².

O contrato é meio de proporcionar a circulação de riquezas, o que, em si mesmo, exerce uma função social⁴³. É por meio do instrumento contratual que interesses divergentes e convergentes estão aptos a serem tratados de maneira conjunta, equânime e justa pelas partes.

Note-se, por oportuno, que o direito positivo se preocupou com a continuidade dos negócios encetados “diante da potencialidade de seu desfazimento”⁴⁴. 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)⁴⁵. As regras de intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual do parágrafo único do artigo 421 do Código Civil são mecanismos encontrados para que as avenças permaneçam.

Em obra dedicada, entre outros fins, a abordar os vetores aplicáveis aos contratos empresariais e a investigar elementos da economia comportamental, Paula Forgioni afirma que

⁴⁰ CORDEIRO, Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, pg. 876.

⁴¹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, cit, pg. 41.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 82.

⁴³ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Jurisdictionalização dos Contratos*. In JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo, Quartier Latin, 2006, pg. 93.

⁴⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social de contrato*. São Paulo: Saraiva, 2001, pg 167.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson, *A tríplíce transformação...*, cit, pg. 60.

o egoísmo será tolerado pela ordem jurídica na medida em que incrementar o tráfico, pois são muitas as situações em que o comportamento individualista traz benefícios para o fluxo de relações econômicas⁴⁶. O adimplemento substancial representa, pois, uma diminuição da tolerância pelo ordenamento jurídico do egoísmo dos agentes econômicos, ou, em outras palavras, uma mitigação da perseguição do próprio interesse dos agentes econômicos.

Em termos de requisitos para sua aplicação, Judith Martins-Costa aponta os seguintes: (i) a existência de prestações diferidas e parceladas no tempo, (ii) o cumprimento muito próximo do resultado final planejado pelo contrato, (iii) a pouca gravidade desse cumprimento parcial em face da utilidade visada pelo contrato; e (iv) a inexistência de vedação legal ao cumprimento parcial, ou atribua-lhe outras consequências⁴⁷.

É digno de crítica a eleição do item (i) como requisito para a caracterização do adimplemento substancial, pois vai de encontro ao melhor conceito de prestação. Antunes Varela explica que “(...) em lugar de se dizer que a *prestação* consiste numa ação ou em certa *actividade* do devedor, é mais correcto afirmar que a prestação se traduz em certo *comportamento* ou *conduta* do obrigado”⁴⁸. O princípio da integralidade ou não-divisibilidade da prestação indica que cada prestação obrigacional deve ser integralmente cumprida, e é por meio desta ideia, de adesão ao comportamento contratado, que o instituto deve ser analisado.

Um dos primeiros casos julgados à luz do adimplemento substancial na Inglaterra, por exemplo, *Cutter v. Powell*, em 1795, tem como causa de pedir a desproporção entre o cumprimento inexato da prestação e a consequência deste fato: Cutter fora contratado como imediato de um navio (o segundo na hierarquia de comando de uma embarcação) por Powell, o capitão, para ajudar a levá-lo de Kingston (Jamaica) à Liverpool (Inglaterra). A viagem durou cerca de dez semanas, mas na sétima semana, Cutter morreu a bordo. Sua viúva pleiteou o recebimento pelo período trabalhado, mas o direito lhe foi negado em primeiro grau, pois considerou-se que tratava-se de uma *condition*, uma obrigação essencial que Cutter trabalhasse a integralidade da viagem, e não parte dela. Em segunda instância, a decisão foi reformada, levando-se em conta o ínfimo inadimplemento, bem como a impossibilidade de evitar a sua ocorrência (falecimento).

⁴⁶ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, pg. 124.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, cit, pg. 761.

⁴⁸ ANTUNES DE VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10ª edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2000, pg 64 *apud* MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. São Paulo, Quartier Latin, 2020, pg.60.

4. Origem da Teoria do Adimplementos Substancial | Países de *Common Law*

Anelise Becker, em um dos primeiros artigos nacionais dedicados ao tema após a obra de Couto e Silva, afirma que a teoria foi construída na Inglaterra, no século XVIII, quando as Cortes da Equity perceberam as injustiças que um formalismo estrito ou um apego exagerado ao dogma da absolutização dos direitos poderiam provocar⁴⁹.

Não é de estranhar a anotação do momento histórico do país de tradição de direito consuetudinário: enquanto um rigor excessivo pouco atrelado à causa e aos fins do negócio jurídico se verificava naqueles sistemas jurídicos, Couto e Silva reforça, a todo momento, que a dogmática do século XIX (referindo-se aos países de tradição romano-germânica), fortemente influenciada pelo positivismo jurídico, tinha por centro a vontade, de forma que para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam⁵⁰.

Em 1779, julgou-se o caso *Boone vs Eyre*, na Inglaterra. A demanda era fundada no incumprimento exato da prestação de pagamento por Eyre: Boone vendeu a Eyre uma área de plantação, com os escravos que ali viviam e trabalhavam, nas Antilhas Britânicas. O pagamento ajustado pela compra da terra era de 500 libras, além de uma prestação periódica anual de 160 libras. Eyre inadimpliu as prestações periódicas e Boone passou a cobrá-lo judicialmente o valor de 400 libras de renda atrasada. Sua defesa sustentava que o domínio sobre a área lhe foi transferido, mas sobre os escravos, não.

Para decidir o caso, Lord Mansfield classificou as obrigações ajustadas em *condition* e *warranty*. *Conditions* seriam as obrigações principais, as essenciais, aquelas que estabeleciam um elo comum, um liame para com demais obrigações do dos contratantes, sendo, por isso, chamadas de obrigações interdependentes. *Warranties*, ao revés, eram tidos como os deveres acessórios, de natureza secundária, sem relação de dependência com as demais, ao que ele classificou de obrigações independentes.

Becker explica que cabia às partes definir quais cláusulas seriam *condition* e quais seriam *warranties*, em um prestígio natural à manifestação da vontade⁵¹. Couto e Silva anota, contudo, que alguns atos preparatórios para satisfazer a pretensão do credor surgem desvinculados da vontade, enquanto outros decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da

⁴⁹ BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p. 60.

⁵⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, cit, pg. 38.

⁵¹ BECKER, Anelise. *A doutrina...*, cit, pg. 60.

proteção jurídica de interesses⁵². Logo se vê que o nascimento e desenvolvimento da teoria calca-se na atribuição de diferentes pesos às variadas obrigações e na observância do comportamento contratual das partes.

Outro caso paradigmático para o propósito deste artigo também foi julgado sob a Common Law, mas nos Estados Unidos, em 1921. O caso *Jacob & Youngs vs Kent* diz respeito a contrato de construção civil: é interessante que o adimplemento substancial seja debatido e aplicado justamente neste tipo de avença, em que a profusão de especificidades de material e obrigações em consequência disso seja algo recorrente.

A empresa Jacob & Youngs foi contratada para construir uma casa, havendo a obrigação de se instalar encanamento de ferro, pouco comum na época. Havia 4 marcas no mercado e a eleita pelas partes denominava-se *reading*, mas foi efetivamente instalada outra, de nome *cohoes*. O tribunal considerou que a substituição de uma marca pela outra não foi fraudulenta ou dolosa. Ainda, afirmou que a diferença entre uma quebra trivial ou relevante não pode ser calculada por uma fórmula, reforçando o pensamento de Couto e Silva sobre a dificuldade em fazer da subsunção do fato à norma um raciocínio matemático.

Como meio de prova, foram juntadas aos autos reportagens em que fica evidenciado que as marcas eram da mesma qualidade e preço. Além disso, a denominação do fabricante se deveu ao fato de que a prática comercial da época era no sentido de que para assegurar ao consumidor que o encanamento seria de ferro, e não de ferro misturado com aço (de pior qualidade), deveria haver a indicação do nome de um fabricante. Assim, a instalação da marca *reading* não era da essência do contrato, e sim que o encanamento fosse de ferro.

A *ratio decidendi* também foi no sentido de que o custo de se refazer a obra afastaria a economicidade do contrato. Não foi conferida indenização à proprietária pela discrepância de marcas, dado que a diferença de qualidade seria zero.

Outro caso interessante sobre adimplemento substancial julgado no direito norte-americano é a demanda *Bruner vs Hines*, de 1975. A ação trata de uma compra em que Ellis e France Bruner figuravam como compradores e Clarence e Laura Hines como vendedores. O contrato previa a compra de 15 acres de terra, medindo a frente do terreno 366 pés. O documento especificava que a frente poderia aumentar ou diminuir em 10 pés, dado que a medição inicial pré-contratual foi advertidamente feita de maneira simplória.

O contrato impunha aos compradores que apresentassem planta topográfica no prazo de 60 dias. A planta apresentada, a terceira depois que as primeiras não foram aceitas por

⁵² SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação...*, cit, pg. 38.

falta de licença profissional do agrimensor, apontou 15,1 acres, tendo os compradores oferecido 500 dólares pelo acréscimo. Os vendedores, então, ofereceram resistência à conclusão da venda sob o argumento de que o contratado foi a venda de 15 acres. O tribunal considerou que a quebra contratual não foi fundamental. Como elemento de convicção, o agrimensor demonstrou em testemunho que (i) jamais duas plantas topográficas serão idênticas, (ii) a prática no tráfico negocial é aceitar-se uma planta mesmo que a medida não seja exata, (iii) a medição inicial foi feita com uma fita de aço, instrumento inapropriado e impreciso para o fim trabalho, e (iv) o custo de se fazer uma nova medição seria proibitivo. O acórdão aborda com precisão a teoria da *substantial performance* ao afirmar que se trata de incursão no conceito de liberdade contratual e que reconhece a compensação de interesses entre particulares e sociedade, sacrificando a precisão de interesses privados em nome da facilitação do tráfico comercial⁵³.

Em termos de direito positivo, cabe a lembrança de que nos Estados Unidos, o diploma *Uniform Commercial Code (UCC)*, promulgado em 1952 e responsável pela tutela da compra e venda de mercadorias e bens tangíveis, contém regras de *substantial performance*. Antes de sua promulgação, a teoria não se aplicava para esse tipo de contrato de compra e venda, pois aplicava-se a regra da *perfect tender rule*, pela qual o comprador pode, diante do cumprimento inexato de uma obrigação, aceitar a totalidade dos produtos, rejeitar a totalidade ou aceitar parte e devolver o resto. Por outro lado, o UCC também prevê a necessária observância da boa fé no trato comercial, a possibilidade de recusa de aceitação do produto se o defeito substancialmente afeta seu preço do produto e, também, a possibilidade de o vendedor sanar o defeito nos contratos de prestação única.

4.1 Aplicação em países de *Civil Law*

No que se refere ao direito de países de tradição romano-germânica, o ordenamento jurídico italiano, conforme já abordado, prevê no artigo 1.455 que o contrato não pode ser resolvido se o incumprimento de uma das partes for de escassa importância para o atendimento do interesse da outra. A baliza da *utilidade* do cumprimento defeituoso da prestação é opção expressa do legislador italiano.

⁵³ NASCIMENTO, Sérgio Santos; ORLEANS E BRAGANÇA, Gabriel José de. *Breve abordagem da teoria do adimplemento substancial e o precedente da 2a. Seção do STJ no REsp 1622555/MG*. In: Marcio Calil de Assumpção; Gabriel J. de Orleans e Bragança. (Org.). *Direito Bancário - Estudos da Comissão de Direito Bancário OAB/SP*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 133.

A doutrina vai no mesmo sentido: entende que cabe ao juiz analisar a gravidade do descumprimento ocorrido e somente haverá direito à resolução se o inadimplemento for grave, de modo substancial. Se o inadimplemento for de escassa importância só se faculta à parte requerer perdas e danos, bem como o cumprimento da prestação, caso ainda possível⁵⁴.

O direito português trata do tema em dois artigos diferentes do seu código civil, 802 n.º 2⁵⁵ e 934⁵⁶. O artigo 802 encontra-se na Divisão II (impossibilidade do cumprimento), da Subsecção II (falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor), o que nos leva a entender, *a contrario sensu*, que a prestação ainda possível de ser cumprida, isto é, a situação em que se verifica mora e não inadimplemento absoluto⁵⁷, bem como a inimputabilidade de culpa ao devedor⁵⁸ no inadimplemento, não admitem a verificação do adimplemento substancial, afastando seu campo de incidência das situações de mora e da responsabilidade objetiva.

No que se refere ao artigo 934, a opção do legislador foi por estabelecer um critério quantitativo para que o adimplemento substancial se verifique em contratos de compra a venda a prazo: inadimplemento igual ou inferior a 12,5% do preço. O estabelecimento de critério quantitativo em texto de lei não nos parece saída adequada, posto que não só agentes econômicos respondem a incentivos, (o que aumentaria naturalmente a inadimplência após quitados 87,5% do preço), como também a rigidez numérica implica o afastamento da análise das circunstâncias negociais e a investigação da causa do negócio jurídico, elemento indispensáveis para a análise *in concreto* do adimplemento substancial.

Quanto ao direito alemão, país de grande influência em nosso direito privado, a boa-fé e possibilidade de adimplemento substancial encontra-se expressamente positivada no artigo 323 (5) do código civil, que estabelece que na hipótese de o devedor cumprir parcialmente a prestação, o credor somente pode resolver o contrato se não houver interesse no cumprimento parcial; se o devedor não cumprir a prestação da forma que se obrigou, ao credor

⁵⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento Absoluto e Adimplemento Substancial das Obrigações*: Coleção Prof. Agostinho Alvim. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

⁵⁵ Artigo 802, n.º 2: O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

⁵⁶ Artigo 834: 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 relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário.

⁵⁷ Para Agostinho Alvim, “há inadimplemento absoluto quando o devedor não mais pode cumprir a obrigação; há mora quando a possibilidade ainda persiste” ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, pg. 52.

⁵⁸ Agostinho Alvim aponta que a imputabilidade da culpa se divide em dois elementos: possibilidade, para o agente, de conhecer o dever e possibilidade de observá-lo. Op. Cit., pg. 247.

é vedado resolver o contrato se o descumprimento é trivial⁵⁹. O direito positivo alemão expressamente elege o critério de utilidade da prestação pelo devedor.

Ruy Rosado de Aguiar afirma que, para a doutrina alemã, a insignificância do inadimplemento não tem relação direta com a natureza principal ou acessória da obrigação, de modo que mesmo o descumprimento de um dever lateral, oriundo da boa-fé, pode ser considerado não-insignificante e, portanto, suficiente a justificar a resolução do contrato⁶⁰.

5. Aplicação do adimplemento substancial pelos tribunais brasileiros

A utilização do adimplemento substancial pelos tribunais brasileiros ocorre desde 1988, quando Ruy Rosado de Aguiar Junior, desembargador pelo TJRS entre 1985 e 1994 e Ministro do STJ no período 1994 a 2003, decidiu a apelação cível nº 588016147⁶¹. O caso trata de defeitos na construção de bem imóvel vendido pela construtora a uma pessoa física.

Decidiu o tribunal que “se os defeitos apresentados pelo imóvel não o tornam inabitáveis e podem ser reparados, não se decreta a resolução do contrato (art. 1092, parágrafo único do C.C.⁶²), mas defere-se ao comprador indenização que garante a sanação dos vícios de construção (art. 1056 do C.C.⁶³)”. Assim, foi mantido o contrato e condenado o vendedor/construtor ao pagamento de indenização suficiente para cobrir integralmente as despesas para a reforma do imóvel, de forma a assegurar sua perfeita habitabilidade, com a sanação dos vícios ali existentes⁶⁴.

Um debate atual que se coloca na jurisprudência do STJ é o voltado para a aplicação do adimplemento substancial em contratos com garantia fiduciária. No julgamento do Recurso Especial nº 1.622.555/MG⁶⁵, a matéria posta em juízo cingiu-se à aplicação da teoria para contratos de financiamento de bens móveis garantidos por alienação fiduciária do bem financiado, sujeitos ao Decreto-Lei 911/69.

No caso prático, foram inadimplidas 4 de 48 parcelas contratadas, o que corresponde a 91,6% da integralidade das prestações. Por 4 votos a 1, o Ministro Marco Buzzi,

⁵⁹ Tradução livre de https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1182, acesso em 25.11.2022.

⁶⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003, pg. 139.

⁶¹ TJRS, Apelação Cível, Relator Ruy Rosado de Aguiar Junior, j. 3.4.1988.

⁶² Atual artigo 475.

⁶³ Atual artigo 389.

⁶⁴ BECKER, Anelise. *A doutrina...*, cit, pg. 71.

⁶⁵ STJ, Quarta Turma, REsp nº 1.622.555/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 16/3/2017.

relator do caso, foi vencido, decidindo-se que não se aplica a teoria ao caso em razão, basicamente, de dois fundamentos: (i) relevância de inadimplemento superior a 8% (voto dos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Isabel Gallotti); e (ii) aplicação de norma especial (DL 911/69) hierarquicamente superior a norma geral (Código Civil), cuja previsão do artigo 3º, § 2º⁶⁶ é no sentido de que o devedor fiduciante não está sujeito aos efeitos da busca e apreensão se pagar a integralidade do valor contratado (Ministros Marco Belizze e Nancy Andrichi).

O caso mostra a dificuldade em se estabelecer em texto de lei um percentual considerado ínfimo ou de escassa importância, como fez o direito português. Por outro lado, não nos parece tecnicamente correta a interpretação de que não se aplica adimplemento substancial em contrato com garantia fiduciária sobre bem móvel porque o artigo de lei impõe que apenas com a integralidade do pagamento é que o bem deverá ser devolvido ao fiduciante. Ora, a argumentação vai contra a própria essência e definição do instituto, que afasta a possibilidade de resolução contratual quando a prestação é cumprida de forma inexata.

O cerne da questão, como muito bem apontado por Gabriel de Orleans e Bragança e Sergio Nascimento⁶⁷, é a aplicabilidade ou não da teoria aos contratos de crédito, pois a perseguição do crédito não representa resolução contratual, e sim a execução do contrato. A tutela que se busca do poder judiciário não é condenação em perdas e danos decorrentes da resolução contratual, caso se aplicasse o artigo 475 do código civil, mas sim a responsabilidade patrimonial decorrente do inadimplemento de obrigação de pagar.

O debate acerca da aplicabilidade do adimplemento substancial em contratos de mútuo feneratício cujo desembolso de recursos ocorra no ato ou logo após a celebração do ajuste, e não de forma parcelada, é de enorme relevância e com grande impacto na economia nacional. Perdeu-se, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.622.555/MG, a oportunidade de debater a questão sob a ótica apontada. No que se refere aos contratos de compra e venda de bem imóvel regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, o STJ também tem se posicionado de forma contrária à aplicabilidade do adimplemento substancial na situação em que ocorre resolução contratual por culpa exclusiva do vendedor, impondo a devolução integral das parcelas pagas pelo comprador. É esse o entendimento esposado no Agravo de Instrumento em Recurso Especial nº 1.729.742⁶⁸, que reflete a súmula 543 do mesmo tribunal⁶⁹.

⁶⁶ § 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus

⁶⁷ NASCIMENTO, Sérgio Santos; ORLEANS E BRAGANÇA, Gabriel José de. *Breve abordagem...*, cit, pg. 140.

⁶⁸ STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp 1.729.742/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 28/05/2018.

⁶⁹ Súmula 543: na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso

O tribunal considerou ser apto a ensejar a resolução contratual o atraso de 16 meses na entrega do bem imóvel, enquanto o contrato e a prática admitem atraso de 6 meses. Ainda, considerou irrelevante a obra estar 94,5% quando do ajuizamento da ação, pois “a obrigação do vendedor para com o adquirente não pode ser fracionada. É o tipo de obrigação que só pode ser adimplida em sua integralidade com a entrega do imóvel”.

A solução dada ao caso parece-nos em consonância com a boa-fé e a teoria do adimplemento substancial, pois, de fato, uma obra condominial incompleta representa a impossibilidade de entrega e de uso do bem contratado. Por outro lado, não se pode deixar de apontar o risco de aplicação indiscriminada desse tipo de entendimento a todos os casos de compra e venda de bem imóvel celebrado com o construtor do bem, pois há situações em que o descumprimento pelo devedor da obrigação diz respeito a defeitos e imperfeições no apartamento ou na área comum, e, no caso, a resolução contratual é medida excessivamente rigorosa, de forma contrária ao decidido no caso paradigmático por Ruy Rosado de Aguiar⁷⁰.

Por fim, discute-se o cabimento do adimplemento substancial para os contratos de seguro na situação em que a cobertura contratual é negada diante do atraso no pagamento periódico do prêmio. No Recurso Especial nº 76362/MT⁷¹, relatado novamente por Ruy Rosado de Aguiar, a resolução contratual de seguro por morte foi negada sob 3 fundamentos: (i) diante da reiteração de atraso no pagamento periódico do prêmio pelo segurado, aplicam-se as figuras parcelares da boa-fé *venire contra factum proprium* e *surrectio* contra a seguradora quando esta deixa de aceitar novo pagamento com atraso, gerando a expectativa ao segurado de que novo atraso seria aceito pela seguradora, (ii) a falta de pagamento de uma única parcela, e (iii) a necessidade de submissão do exercício prévio de resolução contratual ao poder judiciário, como forma de controle de validade das cláusulas contratuais que permite a extinção.

A aplicação do adimplemento substancial pelos tribunais brasileiros ocorre em larga escala após a positivação da boa-fé pelo Código Civil de 2002. Admite-se sua aplicação em contratos administrativos, nos termos do Recurso Especial nº 914087/RJ⁷², nos contratos de compra e venda e promessa de compra e venda, conforme o Recurso Especial nº 1636692/RJ⁷³. Ao revés, sua inaplicabilidade, além dos casos anteriormente analisados, é reconhecida em casos de pagamento parcial de pensão alimentícia (Habeas Corpus nº 439973/MG⁷⁴), em

tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

⁷⁰ Vide nota 61.

⁷¹ STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 76362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 01/04/1996.

⁷² STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 914087/RJ, Rel. Ministro José Delgado, j. 29/10/2007.

⁷³ STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1636692/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18/12/2017.

⁷⁴ STJ, Habeas Corpus nº 439973/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 16/08/2018.

situações do depósito parcial do valor devido em ações de consignação em pagamento (Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.694.480/MG⁷⁵) e em de contrato de arrendamento mercantil Agravo de Instrumento dos Embargos de Declaração do Recurso Especial nº 1.819.947/AC⁷⁶.

6. Conclusão

O imperativo da boa-fé como fio condutor das relações civis é fenômeno que ocorre mesmo antes de sua positivação pelo Código Civil de 2002, e, assim, sua força integradora e de efetiva construção de direitos é que permitiu o desenvolvimento e aplicação da teoria do adimplemento substancial.

O adimplemento substancial é verdadeira figura de exceção à regra de que os pactos devem ser cumpridos com exatidão na forma, tempo e lugar. Seu lugar no ordenamento é o de transição entre o adimplemento e o inadimplemento, caracterizando-se também como uma figura parcelar da boa-fé.

O reconhecimento e a aplicação da teoria do adimplemento substancial pelo direito brasileiro têm o mérito de conferir operabilidade e funcionalização aos direitos subjetivos consagrados em nosso ordenamento jurídico, pois não somente o direito positivo, mas a ciência jurídica como um todo, têm a missão de atender as intensas e esperadas mudanças por quais uma sociedade passa. Nesse sentido, a adoção de técnicas de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados assegura necessária permeabilidade ao Direito e sua adaptação aos fatos sociais que se colocam a sua frente.

Somos pela parcimônia no uso da teoria. O desafio do operador do direito é evitar o inchaço do instituto e seu uso indiscriminado no direito privado: a aplicação mais adequada da teoria será aquela capaz de, ao mesmo tempo, afastar a má-fé do credor que busca a resolução contratual diante de inadimplemento inexacto (mas ainda assim apto a produzir os efeitos jurídico-econômicos contratados), prestigiar o comportamento não-contraditório das partes a longo do programa contratual, e, por fim, evitar banalizar a reiterada invocação da boa-fé pelas partes contratantes, como se toda e qualquer crise de certeza no campo obrigacional por ela se resolvesse.

⁷⁵ STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp 1694480/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 10/06/2019.

⁷⁶ STJ, Quarta Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1819947/AC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 17/02/2020.

Referências

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMARAL, Luiz Fernando Prudente do. *Contrato e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Foco, 2019.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. V II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil – direito das obrigações*, 1ª parte, volume 1, São Paulo: Saraiva, 2015.
- BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Jurisdicionalização dos Contratos. In JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance: conditions and conditions precedent. *Modern Law Review*, volume 38, 1975.
- BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milão: A. Giuffrè, 1953, vv. 1 a 4.
- _____. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Editora Bookseller, 2005.
- BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile IV – L'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 2019.
- _____. La nozione di buona fede qual regola di comportamento contrattuale. *Rivista de diritto civile*, ano XXIX, primeira parte, 1983.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª edição, 1995.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, *Quarta Turma, REsp nº 1.622.555/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 16/3/2017*. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69713491&num_registro=201502797328&data=20170316&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 21/05/2023.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp 1.729.742/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 28/05/2018. Disponível em

<https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=127721522®istro_numero=202001762777&peticao_numero=202000928428&publicacao_data=20210528&formato=PDF>. Acesso em 21/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 76362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 01/04/1996*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500506351&dt_publicacao=01-04-1996&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em 21/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 914087/RJ, Rel. Ministro José Delgado, j. 29/10/2007*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=727287&num_registro=200700014906&data=20071029&formato=PDF>. Acesso em 21/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1636692/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18/12/2017*. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62039361&tipo_documento=documento&num_registro=201403164944&data=20160615&formato=PDF>. Acesso em 21/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ, Habeas Corpus nº 439973/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 16/08/2018*. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86624031&num_registro=201800536687&data=20180904&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 21/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp 1694480/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 10/06/2019*. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=97004225®istro_numero=201702125141&peticao_numero=201700548536&publicacao_data=20190613&formato=PDF>. Acesso em 21/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ, Quarta Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1819947/AC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 17/02/2020*. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=106403498®istro_numero=201901684760&peticao_numero=201900795968&publicacao_data=20200220&formato=PDF. Acesso em 21/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Notícias – Especial: Adimplemento substancial: a preponderância da função social do contrato e do princípio da boa-fé objetiva*. 24/04/2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/24042022-Adimplemento-substancial-a-preponderancia-da-funcao-social-do-contrato-e-do-principio-da-boa-fe-objetiva.aspx>>. Acesso em: 28/09/2022.

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

COHEN, Amy B. Reviving Jacob and Youngs, Inc. v. Kent: material breach doctrine reconsidered. 42 Vill. L. Rev. 65 (1997).

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil), Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CUNNINGHAM, Lawrence A. *Cardozo and posner: a study in contracts*, 36 Wm. & Mary L. Rev. 1379 (1995).

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 5ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social de contrato*. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*: coleção prof. Agostinho Alvim. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, Ermiro Ferreira. Tutela do interesse do credor e boa-fé objetiva do devedor no adimplemento substancial (“Creditor’s interest and debtor’s good faith on cases involving substantial performance”). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 30/2022, fl. 105/128, Jan/Mar de 2022, DTR\2022\5519. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol II. *Teoria Geral das Obrigações*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das obrigações: inadimplemento*. Tomos XXII e XXVI. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 2012.

PRADO, Augusto César Lukascheck. Adimplemento substancial: fundamento e critérios de aplicação. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Ed. RT, v. 9, ano 3, p. 373-407, out./dez. 2016.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2017.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLF, Max J. Substantial performance of contracts in New York. *Cornell Law Review*, vol. 16, 1931.

Recebido em: 20/12/2022

1º Parecer em: 02/03/2023

2º Parecer em: 24/04/2023