

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 conseqüências.

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 Scartezini, 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, António 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.