

## ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE UM CRITÉRIO UNIFICADO

Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco<sup>1</sup>

Carolina Cardoso Francisco<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo apresenta a visão atual do Poder Judiciário, apontando os requisitos considerados para a aplicação da teoria da *substantial performances* surgida no sistema da *common law* do direito inglês. Diante do levantamento jurisprudencial realizado, pudemos verificar que os julgadores vem decidindo as demandas postas à sua apreciação de acordo com taxa de inadimplência em proporção ao valor total do negócio. Conquanto não se possa afastar esse critério, o qual constitui a origem da teoria do adimplemento substancial, chegamos à conclusão de que ele não pode servir como fator determinante para a aplicação da referida teoria, impondo-se a análise conjunta de outros pressupostos, como o exercício da função do contrato, a presença da boa-fé objetiva de ambos os lados, a vedação ao enriquecimento sem causa e ao abuso de direito, bem como a necessidade de se manter as avenças realizadas.

**Palavras-chave:** Obrigações, adimplemento substancial, inadimplemento contratual, unificação da jurisprudência.

## SUBSTANTIAL PERFORMANCE AND TERMINATION OF CONTRACTS NEED FIXING OF A UNIFIED CRITERION

**Abstract:** The present study provides a current overview of the juridical power, pointing to the required requisites in order to apply the performance substantial theory, which has arisen in the Common Law system of the British law. In the face of the jurisprudence survey, we could notice that judges have been deciding about the demands under their assessment judgment, according to the default rates in proportion of the business total price. While that criterion cannot be excluded, since it constitutes the beginning of the substantial performance theory, we conclude that it cannot be the determinant factor of the theory referred above, so that it is required a jointly analyzing of different assumptions, such as, the exercising of the contract function, the objective good faith from both sides, the prohibition of enrichment with no cause as well as the necessity to keep the agreements already made.

---

<sup>1</sup>Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup>Advogada, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**Key words:**Obligations, Substantial performance, Breach of contract, Unification of jurisprudence.

## INTRODUÇÃO

O adimplemento constitui a forma natural e o principal modo de extinção das obrigações. De acordo com Pontes de Miranda, *“o adimplemento, a solutio, a execução, realiza o fim da obrigação: satisfaz e libera; donde cessar a relação jurídica entre o devedor e o credor.”*<sup>3</sup>

Para que seja caracterizado o exato cumprimento da prestação, no entanto, o devedor deve, além de realizá-la pontualmente, manter a boa-fé esperada de ambas as partes durante toda a relação obrigacional<sup>4</sup>, cumprindo os chamados deveres anexos do contrato. Afinal, *“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”*<sup>5</sup>.

Consoante as lições de Bekker e Brinz, há dois elementos distintos na relação obrigacional: o débito (*Schuld*), consistente na obrigação de realizar a prestação e a responsabilidade (*Haftung*), que faculta ao credor executar o patrimônio do devedor, a fim de obter a satisfação do seu crédito. O Professor Caio Mário da Silva Pereira afirma que, qualquer que seja a obrigação estabelecida entre as partes, o credor tem direito ao seu cumprimento por força do *iuris vinculum*. Assim, uma vez descumprida a obrigação, surge para o credor o direito de buscar a recomposição dos prejuízos

---

<sup>3</sup> *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*, Tomo XXIV, 2ª ed., Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, p. 72.

<sup>4</sup> “As partes não se devem só aquilo que elas mesmas estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas tudo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé. E essa atuação vai influir sobre as duas partes do contrato, ora limitando a obrigação de prestação, ora ampliando-a.” Díez Picazo in Ruy Rosado Aguiar Junior, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1991, p. 91/92.

<sup>5</sup> Anderson Schreiber, *A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras* in RTDC 32/14.

sofridos ou pleitear o cumprimento da própria obrigação se ainda for possível e houver interesse.

O inadimplemento de uma obrigação pode ser imputável ou imputável ao devedor. Na primeira hipótese haverá a chamada inexecução culposa, decorrente de ato voluntário violador de um dever jurídico.<sup>6</sup> Nesse caso, o sujeito passivo responderá por todos os prejuízos causados ao credor, podendo a ausência da prestação ser suprida direta ou indiretamente pelo seu patrimônio<sup>7</sup> (art. 391 do Código Civil). Sendo o inadimplemento imputável ao devedor, decorrente de fato superveniente estranho à sua vontade que torne impossível o seu cumprimento<sup>8</sup>, a obrigação se resolve mediante a exoneração do devedor.

Segundo as lições de Miguel Maria Serpa Lopes, a impossibilidade superveniente pode decorrer (a) de acontecimentos com força capaz de impossibilitar absolutamente o seu cumprimento (caso fortuito, força maior, ato de terceiro ou do próprio devedor sem culpa) ou (b) de circunstâncias posteriores e imprevisíveis, suficientes para alterar as condições econômicas, *“em face das predominantes ao tempo do contrato, a ponto de provocar a ruptura da equivalência de valores, tão essencial aos contratos.”*<sup>9</sup>

Se os prejuízos causados ao credor forem resultantes de caso fortuito ou força maior, o devedor só responderá se por eles houver expressamente se responsabilizado (art. 393 do Código Civil).

O descumprimento da obrigação pode se dar de forma absoluta (total ou parcial) ou relativa. Será absoluto se a prestação assumida deixar de ser cumprida e não houver mais possibilidade de executá-la, sendo total se o inadimplemento for integral e parcial se apenas parte da obrigação restar pendente; e será relativa no caso

---

<sup>6</sup> Para Ruy Rosado Aguiar Júnior, a impossibilidade imputável é a culpável. (Ob. Cit., p. 104)

<sup>7</sup> *Instituições de Direito Civil*, atualização de Luiz Roldão de Freitas Gomes, 20ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 323.

<sup>8</sup> O inadimplemento fortuito deve decorrer de fato superveniente, pois, sendo originário, o negócio considera-se nulo.

<sup>9</sup> Curso de Direito Civil – Obrigações em Geral, vol. II, 7ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. 372.

de ainda haver possibilidade do devedor cumprir a obrigação, mesmo fora do prazo estabelecido. A última hipótese constitui a conhecida mora do devedor, verificada se ele não efetua o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados.<sup>1011</sup>

O inadimplemento ainda pode ser insignificante, se atingir proporções mínimas, insuficientes para atingir o objetivo almejado pelo contrato, hipótese que será tratada mais adiante.

Além da principal, a obrigação acessória também poderá ser descumprida. Nesse caso, se o inadimplemento prejudicar a prestação já cumprida ou torná-la impossível, a resolução restará devidamente motivada.

Discorrendo acerca dessas espécies de incumprimento, Ruy Rosado Aguiar Junior classifica o incumprimento, com muita acuidade, da seguinte forma: (a) quanto à causa, em imputável ou imputável ao devedor, caso decorra de culpa deste ou, na segunda hipótese, de outro fatos, como da culpa do credor, de ato de terceiro, de caso fortuito ou força-maior, ou do próprio devedor sem culpa; (b) quanto aos efeitos, o comportamento contrário ao contrato pode resultar em: (1) incumprimento definitivo, se a prestação não puder mais ser efetuada (impossibilidade) ou exigida (modificação superveniente das circunstâncias); ou, sendo possível e exigível, não tenha mais utilidade para o credor; (2) incumprimento não-definitivo, quando persistem a possibilidade, a exigibilidade e o interesse do credor, mas a prestação não é efetuada no tempo, modo e lugar convencionados, ou há violação a dever secundário ou quebra antecipada do contrato; (c) quanto ao conteúdo da violação, o incumprimento pode ser de obrigação principal ou acessória, contratualmente prevista e exigível, ou dever secundário de conduta, decorrente da boa fé; (d) tendo em vista o interesse do credor, o incumprimento pode se dar com a sua satisfação, obtida mediante a intervenção de

---

<sup>10</sup> Art. 394 do Código Civil de 2002: “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”.

<sup>11</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes adverte que “essa distinção entre mora e impedimento absoluto, tal qual os juristas destacam, não significa que, no impedimento absoluto, a mora desaparece, senão que nele a mora desempenha papel tão preponderante quanto o que exerce naqueles casos em que só a sua noção é que prevalece.” E conclui que o “que há apenas é o princípio excepcional da constituição em mora ser sempre dispensável, quando a execução se tornar materialmente impossível.” (Ob. Cit., p. 357)

terceiro e na forma permitida pela lei civil, ou pela execução forçada, através da alienação de bens, ou pela obtenção da finalidade da obrigação realizada de outro modo que não pela prestação do devedor; sem a satisfação do credor, que não recebe a prestação por ação do devedor, com ou sem culpa, ou por fato alheio do devedor.<sup>12</sup>

Importante ressaltar, quanto à impossibilidade, que ela pode ser definitiva ou temporária. Será definitiva se a obrigação não puder mais ser prestada ou se para o seu cumprimento se fizer necessário um esforço extraordinário. Conquanto a dificuldade não seja passível de exonerar o devedor, a sua desproporcionalidade em relação à obrigação a equipara à impossibilidade. Por sua vez, o caráter temporário pode ter efeito instantâneo (a ser realizado de outro modo ou tempo que não aqueles previstos inicialmente) ou permanente (sem previsão de cumprimento).

Em qualquer dos casos (com exceção do descumprimento inimputável), o devedor responderá pelas perdas e danos causados ao credor, na forma dos arts. 389 e 395 do Código Civil, que dispõem, respectivamente: *“Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”* e *“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”*.

Consoante determina a lei, uma vez descumprida a obrigação, o prejudicado faz jus à reparação dos danos por ele sofridos, com o objetivo de alcançar estado ao menos semelhante àquele no qual ele deveria se encontrar se o devedor tivesse realizado a prestação.

## O ADIMPLEMENTO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

---

<sup>12</sup> Ob. Cit., p. 94

O adimplemento não se presta única e exclusivamente à satisfação dos interesses do credor. Muito mais do que isso, o cumprimento da prestação estabelecida entre as partes deve atender o escopo perseguido com a constituição da obrigação estabelecida. Isso significa 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.”*<sup>13</sup>

Assim, pode-se afirmar que o vínculo obrigacional emanam deveres tanto para o credor como para o devedor, na busca do alcance da própria causa do ajuste estabelecido entre as partes.

No Brasil, Clóvis do Couto e Silva difundiu a idéia da relação obrigacional como um processo constituído por um conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do próprio negócio jurídico, chegando a afirmar que há uma cisão entre o negócio e a sua função; e esta, tornada autônoma, *“é fonte para o nascimento da relação obrigacional, fundamentada no suprimento que foi feito, isto é, na utilização, e não na vontade.”*

Se o contrato foi realizado com o objetivo de cumprir determinada função, faz-se necessário, para que esse processo se forme e alcance o seu fim, uma cooperação de ambas as partes no cumprimento dos já mencionados efeitos essenciais do contrato.

## ORIGEM E APLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial tem sua origem no sistema da *common law* do direito inglês, onde é conhecida como *substancial performance*. Costuma ser apontado como paradigma o caso *Bonee v. Eyre* julgado por Lord Mansfield em 1779.

---

<sup>13</sup>Anderson Schreiber, *A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras* in RTDC 32/15.

Naquela ocasião, a teoria surgiu vinculada à distinção entre *condition* e *warranty*. A *condition* garante o direito à resolução, por ser a prestação descumprida um pressuposto ou uma condição do negócio jurídico celebrado, e não mero elemento acessório, como seria a *warranty*.<sup>14</sup>

No referido caso paradigmático, o pedido de resolução formulado por uma das partes deixou de ser acolhido por não ser a obrigação descumprida considerada uma *condition*.

A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias estabelece, em seu art. 25<sup>15</sup>, que apenas se configura fundamental a violação que cause à parte um prejuízo que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato.<sup>16</sup>

No Brasil, o Código Civil Brasileiro dispõe, em seu art. 475, que “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”. De acordo com esse dispositivo, o credor pode exigir o cumprimento do contrato, compelindo o sujeito passivo a prestar a obrigação assumida — desde que ainda seja possível e haja interesse. O pedido de resolução, todavia, diferentemente do que leva

---

<sup>14</sup> Anderson Schreiber, *A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras* in RTDC 32/18.

<sup>15</sup> Art. 25: Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental, quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente naquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não tivesse igualmente previsto.

<sup>16</sup> Em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, após discorrer acerca da Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento, concluiu o seguinte: “O regime jurídico instituído pela Convenção de Viena para a resolução do contrato por incumprimento do devedor se caracteriza: pelo unitarismo com que trata as diversas espécies de obrigações e deveres; pela exigência de violação fundamental do contrato como pressuposto da resolução; pela fixação de prazo suplementar ao devedor, pelo procedimento extrajudicializado pela possibilidade de resolução com ou sem fato imputável ao devedor; pela garantia de cumulação da resolução com a indenização pelos danos; pela consideração de interesse positivo do credor, como se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido; pela adoção do princípio geral da boa-fé objetiva, que há de se entender servir não apenas para a interpretação do contrato mas também determinante do comportamento das partes. No Brasil, estas mesmas são as características gerais do instituto, que é, no entanto, predominantemente judicializado; não prevê prazos suplementares ao devedor, não tem regras delimitadoras de prazo para o exercício da ação e não fornece parâmetros para o cálculo da indenização por perdas e danos.”

a crer a leitura da norma, não será cabível em toda e qualquer hipótese de inadimplemento.

Como exposto anteriormente, as partes possuem deveres de conduta recíprocos, os quais têm por fim alcançar o escopo da relação obrigacional estabelecida. Entre os referidos deveres, denominados anexos, deve ser destacada a boa-fé objetiva, cuja observância se exige tanto na execução como na conclusão do contrato (art. 422 do Código Civil), a fim de evitar danos à outra parte. A respeito do assunto, GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES já se manifestaram a respeito afirmando o seguinte:

“O ordenamento jurídico brasileiro recepcionou tal concepção de obrigação, primeiramente, com a previsão da boa-fé objetiva como cláusula geral no CDC (art. 51, IV), e, agora no art. 422 do CC. Foi justamente a partir do CDC que a boa-fé ganhou espaço no direito brasileiro, mesmo fora do âmbito das relações de consumo. A boa-fé objetiva (CC, art. 422) tem relevância na obrigação como um processo uma vez que uma das suas funções é normatizar aqueles deveres. Assim é que ‘a funcionalização da boa-fé objetiva acarreta deveres de conduta recíprocos orientados em prol da obrigação, o que significa dizer que as partes agem conforme a boa-fé objetiva, na medida em que dirigem sua conduta para o fim desejado para a relação obrigacional’ (Rose Melo Vencelau, ‘Cláusula’, p. 124).

Assim considerando, o pagamento nem sempre será hábil a extinguir a obrigação, devendo ser entendido apenas como o cumprimento do dever principal que pode ou não extinguir a obrigação.”<sup>17</sup>

O adimplemento da obrigação, portanto, nem sempre servirá para extingui-la, conforme se viu da transcrição acima. Da mesma maneira, o cumprimento da obrigação de forma diversa daquela inicialmente prevista não dará, necessariamente, ensejo ao inadimplemento. Para se estabelecer se o contrato pode/deve ou não ser rescindido, afigura-se indispensável analisar se restou alcançada a finalidade da obrigação estabelecida.

Deve-se analisar casuisticamente se a resolução pleiteada por um dos contratantes pode causar um dano ainda maior à outra parte. E com o objetivo de afastar pedidos dessa natureza, mais danosos ao devedor do que ao credor, foi que

---

<sup>17</sup> *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 592.



surgiu a teoria do adimplemento substancial tratada neste trabalho. Observando-se que o objetivo do contrato foi alcançado, restará impositiva a relativização na norma do art. 475 do Código Civil, nos moldes do que estabelece a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Por falta de previsão legal no direito brasileiro — o Código Civil de 2002, assim como o de 1916, se manteve silente a respeito —, a teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada no Brasil com base no princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) conjugado com a vedação ao enriquecimento sem causa (CC, art. 884) e ao abuso de direito (CC, art. 187), a segurança jurídica das relações obrigacionais e o princípio da função social do contrato (CC, art. 421).

A boa-fé objetiva, antes apenas uma regra geral do direito brasileiro, foi consagrada no art. 422 do Código Civil, com o objetivo de criar deveres secundários e impor limites ao exercício dos direitos das partes contratantes, impedindo qualquer abuso de direito.

A esse respeito, Clóvis do Couto e Silva ensina:

O princípio da boa-fé atua defensivamente e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou ativamente, criando deveres, podendo inclusive restringir o princípio de o cumprimento ser completo ou integral, permitindo outra solução. É a doutrina 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.<sup>18</sup>

Assim, não se permite a resolução do contrato por inadimplemento se a prestação é irrelevante uma vez comparada com o adimplemento total previsto no contrato. Ou seja, somente quando se tratar de *condition* é que será acolhido o pleito de resolução.

---

<sup>18</sup>O princípio da boa fé no direito brasileiro e português in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 68.

Eis aí a dificuldade enfrentada pelos Tribunais Estaduais e Superiores, os quais ainda não conseguiram estabelecer, de forma unificada, o que se configura substancial, para fins de afastamento do pedido de resolução contratual.

## O ENTENDIMENTO MANIFESTADO PELOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS

O Estado do Rio Grande do Sul foi um dos primeiros a aplicar a teoria do adimplemento substancial. Muito provavelmente, esse pioneirismo foi motivado pelo jurista conterrâneo Clóvis do Couto e Silva, o qual introduziu a doutrina *dasubstantial performanceno* Brasil.

Ao julgar uma demanda na qual um dos contratantes havia pagado todas as prestações do contrato, com exceção da última parcela, aquele Tribunal rejeitou o pedido de resolução formulado pela outra parte por entender que, nesse caso, não se poderia demandar por resolução:

“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.” (ApCiv 588012666, 5ª CCTJ/RS, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 12.4.88)

Nos dias atuais não tem sido diferente. Aplicando o princípio da boa-fé, a função social do contrato, a vedação ao enriquecimento ilícito e a segurança jurídica que deve nortear as relações obrigacionais, os Tribunais vêm aplicando a teoria do adimplemento substancial sempre que falta apenas o pagamento da última parcela devida. Esse foi o entendimento do Tribunal do Estado de Minas Gerais nos julgamentos das apelações cíveis nºs 1.0512.06.032808-9/001, 2.0000.00.473380-4/000, 1.0363.03.010768-6/001 e 2.0000.00.491248-9/000 e também do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da apelação cível nº 0046446-49.2006.8.19.0001 (2009.001.47887), entre outros.

A dificuldade reside, no entanto, nas hipóteses de inadimplemento de mais de uma parcela do contrato, levando a parte credora a provocar o Judiciário demandando a resolução do contrato.

Por não haver norma legal expressa tampouco critério objetivo para a caracterização da parte substancial de um contrato, os Tribunais Estaduais vem apresentando soluções diversas para casos idênticos, baseado sempre em uma análise quantitativa. Apesar de não ser o critério correto para a configuração do adimplemento substancial, como será exposto adiante, o fato é que os Tribunais, mesmo em casos com idêntica taxa de inadimplência, não tem decidido uniformemente, o que acaba por gerar uma inevitável insegurança jurídica, que deve ser evitada.

A esse respeito, veja-se que o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, diante de uma mesma situação, na qual a parte devedora havia quitado aproximadamente 75% da dívida, ora decidiu aplicando a teoria do adimplemento substancial, ora decidiu afastando-a.

No julgamento do agravo de instrumento nº 0018584-04.2009.8.19.0000 (2009.002.25737), a 20ª Câmara Cível daquele Tribunal de Justiça concedeu a possibilidade de purga da mora ao devedor que já havia pagado 36 das 48 prestações assumidas e entendeu inviável o deferimento de medida liminar pleiteada em ação de busca e apreensão, ante o adimplemento de 75% da obrigação assumida. No mesmo sentido, a 4ª Câmara Cível também fez incidir a teoria da *substancial performance* em demanda de busca e apreensão na qual ficou comprovada a quitação de 70% do valor total do bem (AI0035537-43.2009.8.19.0000 - 2009.002.26735, julg. 22.7.09)

Em sentido diametralmente oposto, a 13ª Câmara Cível daquele mesmo Tribunal, diante do pagamento de 28 parcelas de um total de 36, correspondente a 77,77% de adimplência, entendeu não estar configurada a excepcionalidade necessária para a incidência da teoria do adimplemento substancial, afirmando que ela “*deve ser aplicada com extrema parcimônia, eis que seu emprego generalizado pode causar desequilíbrio no sistema financeiro, com reflexos nos custos dos financiamentos e*

*conseqüente encarecimento do crédito”* (AI 0019253-57.2009.8.19.0000 - 2009.002.01887, julg. 01.4.09).

Segundo o citado aresto, que tratava do inadimplemento de um contrato de financiamento, *“somente em casos excepcionais (contrato praticamente quitado, ou a natureza e a destinação do bem, em hipótese de débito mínimo, circunstâncias aqui inocorrentes) está o juiz autorizado a afastar a expressa e taxativa norma legal que preconiza o deferimento da liminar de busca e apreensão.”*

Não bastasse a divergência encontrada em um mesmo Tribunal de Justiça, veja-se que outros Tribunais do país também tem adotado as mais diferentes decisões em demandas que deveriam ser decididas igualmente, não apenas com fundamento na taxa de inadimplência, mas, casuisticamente, diante da verificação do cumprimento da função social do contrato, da aplicação do princípio da boa-fé objetiva e da possibilidade de atender os interesses do credor de forma menos gravosa ao devedor.

Da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais encontra-se o julgado da apelação cível nº 2.000.00.497910-4/000, o qual chegou à conclusão de que a taxa de inadimplência de 22%, ou seja, a quitação de 78% das obrigações contratuais, não seria suficiente para justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Conforme afirmado pelo relator do acórdão, *“parece que se tem tentado elastecer, por demais, o alcance da teoria em comento, podendo-se criar forte precedente no sentido de estabelecer quotas ou percentuais de adimplemento que, uma vez atingidos, estariam a autorizar o devedor a não cumprir o restante da obrigação assumida”*.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já chegou a afirmar que, havendo o pagamento de mais de 50% do valor do contrato mostra-se inviável a sua rescisão, diante do adimplemento substancial (apelação cível nº 1.0024.01.080450-8/001, Rel. Des. Pedro Bernardes, julg. 07.02.06). O julgamento, no entanto, não foi unânime, tendo sido proferido voto vencido, no sentido de que *“a tese do adimplemento substancial há de ter como pressuposto de sua aplicação, para*

*obviar a rescisão, a solvabilidade dos compradores para suportarem execução forçada”, o que não teria sido comprovado na espécie.*

A breve análise dessas decisões torna patente a divergência jurisprudencial que atinge os Tribunais Estaduais, os quais, além de utilizarem um método equivocado, quantificando o adimplemento, vem causando inequívoca insegurança jurídica aos jurisdicionados.

### **A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Assim como os Tribunais locais, o Superior Tribunal de Justiça também vem decidindo de acordo com a taxa de inadimplência do devedor, conjugando-a algumas vezes com outros parâmetros, tais como a relevância do bem para a atividade da empresa contratante e a boa-fé da parte.

No ano de 1995, a Quarta Turma daquela Corte Especial afastou o pleito de uma seguradora que pretendia se exonerar da responsabilidade contratual haja vista a inadimplência da segurada em relação à última prestação do prêmio. Assim foi decidido por se entender 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.”* (REsp 76.362/MT, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 11.12.95) Participaram do julgamento os Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Em 2001, aquela mesma turma julgadora, formada pelos Ministros Ruy Rosado de Aguiar (relator), Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro manteve o entendimento anterior erechou o pedido de reintegração de posse formulado pelo credor diante da falta da última prestação. Eis os fundamentos do aresto proferido por ocasião do julgamento do REsp 272.739/MG:

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um

contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. 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. No Brasil, impõe-se como uma exigência de boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato.

Posteriormente, a mesma Quarta Turma, então formada pelos Ministros Ruy Rosado de Aguiar (relator), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro, decidiu rejeitar o pedido de busca e apreensão formulado por uma instituição financeira em hipótese na qual o inadimplemento correspondia a menos de 20% do valor do bem. Naquele caso, além do percentual inadimplido, também foi considerado pelo Superior Tribunal de Justiça fato de que os bens eram essenciais à continuidade das atividades da empresa, por se tratar de maquinário próprio à produção (REsp 469.577/SC, julg. 25.3.03).

A Terceira Turma já chegou a afirmar que *“apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual”* (REsp 415.971/SP, julg. 14.5.02).

A análise desses julgados não deixa dúvidas de que vem sendo considerada em caráter primordial a taxa de inadimplência do devedor para se concluir se o contrato pode/deve ou não ser resolvido. Essa solução, todavia, não pode prevalecer sobre os demais aspectos, sob pena de restar desvirtuada a teoria do adimplemento substancial.

#### **A NECESSIDADE DE SE CONSTITUIR UM CRITÉRIO JUSTO E UNIFICADO**

Conquanto a maioria das decisões tenha realizado uma análise isolada do percentual inadimplido, no julgamento do agravo regimental interposto no agravo de

instrumento nº 607.406/RS, o Superior Tribunal de Justiça levou em consideração critérios que, na realidade, deveriam ser utilizados em toda e qualquer hipótese. Naquele caso, a taxa de inadimplência foi conjugada com (a) o fato de o credor dispor de vias processuais que permitem a proteção dos seus interesses pecuniários validamente exigíveis, mas sem a desconstituição da avença, ou seja, com efeitos menos gravosos ao devedor; bem como (b) os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da preservação das avenças.

De fato, ninguém duvida que o não pagamento da última parcela comportará quase sempre a automática aplicação da teoria do adimplemento substancial. No entanto, é preciso bastante reserva nessa conduta. A esse respeito, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por ocasião do julgamento da já citada apelação cível nº 1.0363.03.010768-6/001 chegou a afirmar que *“a orientação jurisprudencial no sentido de que apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial, deve ser compreendida com reserva, visto que tão-somente a situação concreta dos autos é que permitirá concluir pela caracterização ou não do adimplemento substancial”*. (Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julg. 30.1.08)

O que se vê, no entanto, são decisões que vem considerando o percentual de inadimplência do devedor, mesmo sem a observância de outros critérios, anteriormente apontados, os quais, na realidade, deram origem à teoria aqui analisada.

Com efeito, mesmo diante do inadimplemento apenas da última parcela, é possível que o contrato não tenha cumprido a sua função. Isso pode ocorrer quando se tratar de *condition* e não de *warranty*. É possível, ainda, que o credor não possua outros remédios menos gravosos para a obtenção da tutela dos seus interesses.

Nesse contexto, o devedor acabaria sendo beneficiado com a resolução, na medida em que, descumprindo a sua obrigação e inexistindo outro modo de prestá-la, o credor veria a sua expectativa frustrada mesmo diante da sua contraprestação. Ora,

se a pretensão é evitar o enriquecimento ilícito do credor que, já tendo recebido parte substancial da prestação, não pode simplesmente retornar ao *status quo ante*, também não se afigura razoável a manutenção do contrato prejudicando o credor quando ele houver celebrado um contrato cujo objetivo não foi alcançado.

Não há dúvidas de que a teoria da *substancial performance* surgiu vinculada a um inadimplemento de parte mínima com o objetivo de relativizar a resolução dos contratos em situações que apenas formalmente não se caracterizavam como adimplemento integral. De toda forma, também não se pode deixar de considerar, casuisticamente, se estão presentes esses outros requisitos, essenciais para a aplicação da teoria, sob pena de causar inversamente ao credor um dano que sempre se pretendeu evitar.

Exatamente por isso, a constituição de um critério justo e unificado é medida que se impõe, possivelmente mediante a elaboração de verbetes jurisprudenciais pelos Tribunais Estaduais e Superiores, a fim de que os julgadores dêem à teoria do adimplemento substancial uma aplicação não limitava apenas à taxa de inadimplência do contrato.

## CONCLUSÃO

Diante das premissas aqui expostas, podemos concluir que, para a configuração do adimplemento substancial, devem ser cumpridos os seguintes requisitos: a) cumprimento de parte expressiva do contrato ou inadimplemento de parte mínima; b) prestação realizada suficiente para cumprir a função do negócio jurídico; c) boa-fé objetiva na execução e conclusão do contrato; d) ausência de enriquecimento sem causa ou abuso de direito; e) preservação do equilíbrio contratual.



Observados esses pressupostos, o inadimplemento do contrato em valor ínfimo não pode se tornar evento mais rentável ao credor do que o próprio cumprimento do negócio avençado. Afinal, se o legislador, ao tratar da resolução por inadimplemento (CC, art. 475), não especificou as situações que dão ensejo ao desfazimento da avença, cabe ao intérprete relativizar a norma quando necessário.

A análise acerca do cumprimento dos mencionados requisitos será iniciada pelo exame da prestação incompleta em proporção ao valor total do negócio. Todavia, a aferição superficial e isolada desse requisito não é suficiente para determinar a possibilidade e a necessidade de se manter ou resolver o contrato. Assim, cabe aos aplicadores do direito considerar globalmente o contrato e verificar se a prestação até então adimplida se afigura suficiente para atender as cláusulas, prestações e expectativas de ambas as partes.

Faltando um critério objetivo e inexistindo norma legal expressa no direito brasileiro acerca da teoria do adimplemento substancial, impõe-se a apreciação universal do contrato e a verificação do maior sacrifício a ser realizado, colocando-os em uma balança. Somente assim se poderá evitar a insegurança jurídica causada por decisões diversas para demandas idênticas.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento**. Revista de Informação Legislativa, v. 31, n. 121, p. 211-225, jan./mar. 1994. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/414/A\\_Conven%c3%a7%c3%a3\\_o\\_de\\_Viena\\_e\\_a\\_Resolu%c3%a7%c3%a3o.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/414/A_Conven%c3%a7%c3%a3_o_de_Viena_e_a_Resolu%c3%a7%c3%a3o.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 20 dez. 2009.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, Manuel A. Domingos de. **Obrigações**. Colaboração de Rui de Alarcão, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1966.

ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Atualização de Achilles Bevilaqua. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. S. Alves, 1954.

CHAVES, Antonio. **Tratado de Direito Civil – Obrigações**, Tomo 1, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português** in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. A Obrigação como Processo, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2006

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualização de Edvaldo Brito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial**, Tomo XXIV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1959.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vol. I, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações**, vol. II, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **A trílice transformação do adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras**. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 8, nº 32, out./dez. 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de, **Curso de Direito Civil – Obrigações em Geral**, vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**, 2ª ed. Lisboa: Ed. Petrony, 1979.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.