



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Mariana Ribeiro Siqueira

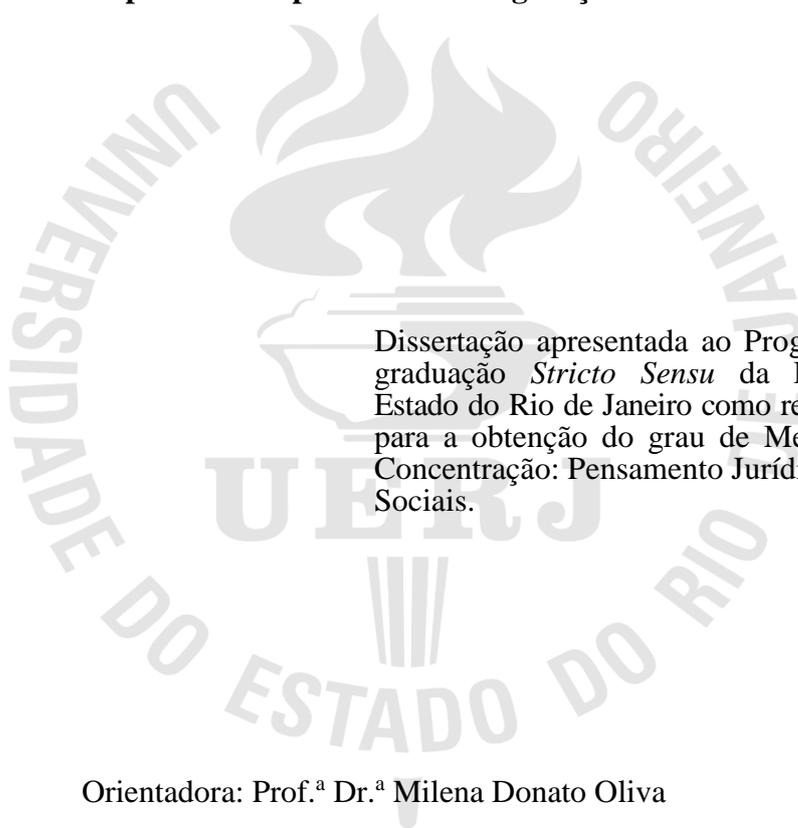
**Adimplemento substancial como óbice à resolução contratual:
parâmetros para a sua configuração**

Rio de Janeiro

2018

Mariana Ribeiro Siqueira

**Adimplemento substancial como óbice à resolução contratual:
parâmetros para a sua configuração**



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre. Área de Concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Milena Donato Oliva

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S618

Siqueira, Mariana Ribeiro.

Adimplemento substancial como óbice à resolução contratual:
parâmetros para a sua configuração / Mariana Ribeiro Siqueira. - 2018.
144 f.

Orientador: Profª. Dra. Milena Donato Oliva.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Resolução (Direito civil) - Teses. 2.Boa-fé (Direito) –Teses. 3.Abuso
de direito – Teses. I. Oliva, Milena Donato. II. Universidade do Estado do
Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Mariana Ribeiro Siqueira

**Adimplemento substancial como óbice à resolução contratual:
parâmetros para a sua configuração**

Dissertação apresentada, ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre Civil. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovada em 20 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Milena Donato Oliva (Orientadora)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Gustavo Tepedino
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dr.^a Caitlin Sampaio Mulholland
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

A conclusão desse trabalho, fruto de um projeto que teve início ainda em 2015, quando me preparava para a prova de admissão no mestrado, não seria possível sem a participação de pessoas tão especiais e marcantes, que me apoiaram durante todo esse caminho.

Tive a sorte de iniciar meu curso na UERJ em disciplina ministrada pelos Professores Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva. A eles, que hoje felizmente integram a minha banca avaliadora, devo a calcificação do meu amor pelo Direito Civil.

Ao Professor Gustavo Tepedino, quem já tinha a honra de conhecer antes de ingressar no mestrado e por quem minha admiração e carinho só fizeram aumentar, agradeço não só pelos ricos ensinamentos jurídicos, mas também pelos valores de vida que com ele aprendi. Sua dedicação pela academia, o comprometimento e a generosidade que guarda com seus alunos são de valiosa inspiração.

À Professora Milena Donato Oliva, agradeço, não só conhecimento compartilhado em sala de aula, mas também, a incansável orientação na elaboração da dissertação e em muitos outros caminhos da vida. Com ouvidos incansáveis, braços sempre abertos, voz acolhedora e sabedoria ímpar, me acolheu e incentivou em momentos difíceis dessa caminhada, tornando o percurso menos solitário. Obrigada pelos ensinamentos e pelo carinho. Pela motivação e pela confiança que em mim depositou.

Agradeço a todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ na pessoa do Professor Anderson Schreiber. Além de proporcionar debates francos e profundos dentro da sala de aula, prestigiando-nos com ricas lições, foi o responsável por despertar meu interesse sobre o tema discutido neste trabalho. Autor de obras que me guiaram durante toda a elaboração da dissertação, brindou-me com a sua participação em minha banca de qualificação, contribuindo de forma significativa para o desenvolvimento do estudo com valiosas e enriquecedoras sugestões e críticas.

À Professora Caitlin Sampaio Mulholland, agradeço, inicialmente, por ter aceitado o convite e por ceder seu valioso tempo na leitura do meu trabalho. Além da honra de poder contar com os seus brilhantes apontamentos, é extremamente gratificante ter a presença de professora tão admirada, representando, na banca de avaliação, a PUC-RIO, universidade onde me graduei e pela qual tenho profunda gratidão.

O Mestrado da UERJ não me presenteou só com o excepcional corpo docente do Programa de Direito Civil Constitucional. Tive a sorte de conhecer pessoas maravilhosas que trilharam,

junto comigo, como verdadeiros ‘titulares’, todo o percurso nesses dois últimos anos, suavizando e dividindo os momentos de angústia e solidão, transformando-os, na maior parte das vezes, em risadas e esperança. Agradeço à turma de 2016 e aos queridos agregados pela troca de material, pelas críticas sempre construtivas e respeitosas, pelos amplos debates, pelos ensinamentos e pela constante torcida pelo sucesso de cada um de nós. Em especial, agradeço à Livia Maia e à Diana Paiva, ao Francisco Viegas e ao Rodrigo da Guia, essenciais para fazerem desse ciclo uma jornada tão especial. Levo a amizade e o carinho de vocês para a vida toda.

Agradeço à Fernanda Cohen, amiga de longa data, a quem a vida fez questão de me reunir na UERJ, pela acolhida inicial no mestrado e principalmente por dividir comigo as angústias acadêmicas ou não.

Por fim, agradeço enormemente à minha família, Antonio, Valeria e João, pelo apoio incondicional e pelo porto seguro que me reconforta e me dá a coragem necessária para seguir sempre em frente. Pela paciência durante os períodos conturbados e pelo amor que eu tenho a certeza de encontrar todos os dias.

Ao meu pai, Antonio, meu mentor e mestre, agradeço, ainda, pela leitura minuciosa do trabalho, por suas contribuições valiosas e pela compreensão durante a ausência causada pela dedicação ao mestrado.

RESUMO

SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. *Adimplemento substancial como óbice à resolução contratual: parâmetros para a sua configuração*. 2018. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

Apesar de largamente aceita no Brasil, a teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada de forma atécnica. A dificuldade em traçar parâmetros objetivos de aferição de sua incidência no caso concreto acaba por desvirtuar o instituto, limitando-o aos casos em que, por meio de análise meramente quantitativa, considera-se que determinado cumprimento da obrigação é substancial, afastando-se a resolução do contrato. O presente estudo propõe-se a analisar, de maneira crítica, o adimplemento substancial como óbice à resolução do contrato no Direito brasileiro, chamando a atenção para as dificuldades, enfrentadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, e propondo, ao final, parâmetros de aplicação do instituto no direito brasileiro.

Palavras-chave: Inadimplemento contratual. Resolução. Boa-fé. Abuso do direito. Adimplemento substancial. Parâmetros de aplicação.

ABSTRACT

SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. *Substantial performance as a mechanism to avoid termination: parameters of application*. 2018. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

Although widely accepted in Brazil, substantial performance has not been applied appropriately. The difficulty in defining objective parameters to verify its applicability results in a misuse of the legal institute, as the currently analysis is purely quantitative. The present study examines substantial performance, as a mechanism to avoid termination, drawing attention to the difficulties faced by both doctrine and Courts, and proposes parameters of application of the institute in Brazilian law.

Keywords: Breach of contract. Termination. Substantial performance. Parameters of application.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E A RESOLUÇÃO CONTRATUAL.....	13
1.1 Fundamento normativo de aplicação do adimplemento substancial.....	21
1.2 Âmbito e efeitos da aplicação da teoria.....	40
2 ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS USUALMENTE ADOTADOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	45
2.1 As dificuldades na aferição do adimplemento substancial no caso concreto: ausência de parâmetros legais, diversidade contratual e particularidades do caso concreto. O importante papel da doutrina e da jurisprudência na construção da teoria do adimplemento substancial.....	45
2.2 Os numerosos critérios de aferição do adimplemento substancial em casos de resolução contratual por inadimplemento.....	50
2.3 Expectativa vs. Realidade: análise crítica da aplicação da teoria à luz dos julgados do Superior Tribunal de Justiça.....	64
3 PROPOSTA DE MÉTODO PARA AFERIÇÃO CONCRETA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	89
3.1 Pressupostos para a caracterização do adimplemento substancial.....	90
3.2 O tormentoso exame da existência do interesse útil do credor no contrato. Superação da verificação meramente subjetiva. Necessidade de análise da função do contrato.....	95
3.3 A importância da obrigação inadimplida. Os critérios quantitativo e qualitativo.....	103
3.4 Necessária análise do comportamento das partes durante toda a fase de negociação e de execução do contrato. Comportamento do credor e a legítima expectativa criada para o devedor.....	107

3.5	Ponderação das consequências advindas para o credor, com a manutenção do pacto, e para o devedor, com a resolução do contrato.....	112
3.6	Existência de cláusula resolutiva expressa. Limite da atuação do julgador.....	120
	CONCLUSÃO.....	130
	REFERÊNCIAS.....	133

INTRODUÇÃO

“As obrigações assumidas devem ser fielmente executadas”.¹ O cumprimento do contrato nos exatos termos em que pactuado é o que deve ser buscado pelas partes, o fim da própria obrigação², sendo o inadimplemento a exceção.³

Apesar de configurar o extremo oposto do esperado pelos contratantes, o descumprimento contratual, no entanto, é bastante frequente.

Descumprida a obrigação, nasce para o credor o direito de (i) compelir o devedor a cumprir o contratado e (ii) ver-se indenizado pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento. Nos casos em que, em razão do inadimplemento, a obrigação perde utilidade para o credor, nasce para este, além do direito à reparação, a faculdade de exigir a resolução do contrato, prevista expressamente pelo art. 475 do Código Civil.⁴

É sobre esse direito de resolver o contrato em casos de inadimplemento que incide, como instrumento valorativo e investigativo de seu merecimento de tutela⁵, a teoria do adimplemento substancial.⁶

¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965. p.23.

² SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.17.

³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965. p.24.

⁴ Nesse sentido: TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.98; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965. p.69.

⁵ Como exposto por Gabriel Furtado, “a extinção da relação obrigacional pela resolução do contrato não é o caminho desejado pelo direito das obrigações – ou, caso se queira, o seu curso natural – e, por isso, deve ser permitida apenas para os casos mais graves e incontornáveis. A pretensão de resolução contratual pelo credor deve passar por um cuidadoso processo de filtragem: muito embora a inexecução crie para a parte prejudicada o direito de resolução, seu exercício há de passar por uma análise de merecimento de tutela.” (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p.24).

⁶ A teoria do adimplemento substancial também pode ser aplicada em outras hipóteses além daquelas em que há resolução contratual abusiva, como, por exemplo, para moderar os efeitos da exceção do contrato não cumprido. Nessa direção. v. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p.253; SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.22-23, out./dez. 2007; BUSSATA, Eduardo Luiz. *A resolução dos contratos e teoria do adimplemento*

Se, de um lado, a obrigação é vista como um processo de cooperação, em que se exige a boa-fé dos contratantes e em que são considerados os interesses de ambas as partes; e, de outro, o seu cumprimento deverá ser analisado de acordo com a satisfação da causa do contrato, o “adimplemento tão próximo ao resultado final” exclui “o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização”.⁷ Em outras palavras: mantém-se a relação contratual, assegurando-se à parte credora indenização por perdas e danos.

Embora o adimplemento substancial não esteja positivado no direito brasileiro, sustenta-se que a teoria tem por fundamento a boa-fé objetiva, como instrumento de controle do exercício das situações jurídicas subjetivas.⁸

Apesar da possibilidade de limitação do direito do credor de pôr fim à relação contratual em casos em que a medida se mostra em desconformidade com os valores promovidos pelo ordenamento brasileiro, a verificação da incidência ou não da teoria às hipóteses sob análise apresenta significativas dificuldades.

Inobstante as manifestações da doutrina e dos Tribunais a respeito da importância do tema e da necessidade de parâmetros que guiem a aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso concreto, na grande maioria dos julgados, o que se verifica é a utilização exclusiva do critério quantitativo: avalia-se unicamente a proporção da obrigação cumprida pelo devedor, comparando-a com a totalidade contratada, e, pela análise da porcentagem cumprida de determinado contrato, decide-se acerca da incidência do instituto.

substancial. São Paulo: Saraiva, 2007. p.98-100; MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.91-93. Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes defendem que adimplemento substancial serve como controle de legitimidade de todos os remédios decorrentes da mora, avaliando-se, no caso concreto, se a penalidade imposta ao devedor seria proporcional ao prejuízo decorrente do inadimplemento. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.11, p.103-104, jan./mar. 2017).

⁷ SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.47.

⁸ V. SCHREIBER, Anderson. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.58; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p.253; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.457-458; NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.237.

Essa análise, normalmente, é desprovida de maior fundamentação e as decisões judiciais limitam-se a estipular que o cumprimento de determinada porção do contrato é suficiente – ou não – para afastar a sua resolução. No mais das vezes, por tratar-se de verificação extremamente superficial, que não leva em conta as peculiaridades do caso concreto, a disparidade entre os julgados quanto ao que corresponderia à porção ínfima é significativa.⁹ A ausência de uniformidade na aplicação dos critérios – os Tribunais, diante de casos similares, por vezes aplicam a teoria como meio protetivo da parte que consideram ser mais vulnerável e, por outras, a afastam – gera enorme insegurança jurídica.¹⁰

Foi diante desse cenário de incertezas que se iniciou a ideia a ser desenvolvida na dissertação. Não se nega que a verificação da gravidade do descumprimento de determinado contrato deve ser aferida de acordo com as peculiaridades do caso concreto e que parâmetros rígidos remeteriam os magistrados à subsunção, engessando a aplicação da teoria. É incontestável, no entanto, que a análise, de forma exclusivamente quantitativa, tal como realizada atualmente, não atende às necessidades das partes e ignora as particularidades dos contratos.

Com efeito, a aplicação desordenada da teoria, além de não garantir o atendimento dos interesses das partes contratantes, seja o do credor de ver seu interesse útil satisfeito, seja o do devedor de obstar a resolução abusiva de determinado contrato, é extremamente prejudicial, na medida em que deixa de promover os valores assegurados pelo ordenamento.

O trabalho busca, portanto, sistematizar os parâmetros de configuração do adimplemento substancial para, então, propor um método para a aferição concreta da incidência ou não da teoria.

⁹ No Recurso Especial n.º 1.051.270/RS, por exemplo, os Ministros da mesma Turma divergiram quanto ao percentual que corresponderia ao adimplemento substancial de determinado contrato. A maioria entendeu que 86% da obrigação total seria suficiente para afastar a resolução contratual, enquanto o Ministro João Otávio de Noronha sustentou que o inadimplemento de 5 das 36 parcelas não poderia ser considerado ínfimo ou de escassa importância.

¹⁰ A título ilustrativo, destaquem-se os seguintes casos, julgados pelo Tribunal Estadual do Rio Grande do Sul. O primeiro deles trata de contrato de promessa de compra e venda de imóvel em que os compradores deixaram de pagar o equivalente a 35% (trinta e cinco por cento) do valor pactuado. Naquela hipótese, a 17.ª Câmara Cível entendeu que “a resolução do contrato não é razoável, afigurando-se como medida drástica e prejudicial quando as obrigações inadimplidas são ínfimas em relação à totalidade assumida, como no caso dos autos no qual os demandados pagaram em torno de 65% do contrato firmado.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70073924979. Relator: Des. Giovanni Conti. Julgamento: 22/06/2017. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Publicação: 27/06/2017). Em caso análogo, a mesma 17.ª Câmara Cível entendeu, em ação que se pleiteava a rescisão também de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, que a quitação, pelos promitentes compradores, de pouco mais de 60% do valor do contrato afastaria a incidência da teoria do adimplemento substancial, por não se tratar de cumprimento de parte essencial da obrigação (cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70052734076. Relator: Gelson Rolim Stocker. Julgamento: 31/01/2013. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Publicação: 15/02/2013).

Para tanto, a dissertação se divide em três capítulos. O primeiro deles apresenta a teoria do adimplemento substancial, apontando o fundamento normativo de sua adoção pelo direito brasileiro, o âmbito de sua aplicação e os efeitos de sua incidência em casos em que se discute a resolução contratual.

O segundo capítulo expõe os critérios atualmente adotados para a configuração do adimplemento substancial, analisando de forma crítica a sua aplicação pelos Tribunais brasileiros, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça, e apontando as dificuldades e os desafios decorrentes das decisões proferidas.

Por fim, no terceiro capítulo, o estudo propõe método de aferição concreta da teoria, apresentando os pressupostos necessários para a caracterização do adimplemento substancial.

1 O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E A RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Atribui-se a origem do adimplemento substancial ao Direito Inglês.¹¹ Casos paradigmáticos da aplicação do referido instituto são frequentemente citados pela doutrina brasileira e pelos Tribunais como meio de contextualização da *ratio* da teoria.

O primeiro deles, *Boone v. Eyre*, foi julgado em 1779.¹² *Boone* havia se obrigado a transferir a propriedade de uma plantação nas Antilhas, juntamente com os escravos que lá moravam, a *Eyre*. Este, por sua vez, em contrapartida, obrigou-se a pagar ao vendedor 500 libras, além de uma renda anual e vitalícia de 160 libras. *Boone* acionou a Corte Inglesa alegando ser-lhe devido montante referente à anuidade. *Eyre*, em sua defesa, sustentou que a obrigação de transferência de propriedade não havia sido cumprida, uma vez que, quando da conclusão do contrato, os escravos não mais pertenciam a *Boone*.

Decidiu-se, naquela hipótese, que a entrega dos escravos não consistia em obrigação cuja inexecução levaria à ruptura do contrato, mas tão somente à indenização por perdas e danos e a ação foi julgada procedente, condenando-se o comprador a pagar o preço pactuado.

Distinguiam-se, para fins de extinção contratual, *conditions* e *warranties*, sendo as primeiras cláusulas essenciais, cujo descumprimento ensejaria a resolução do contrato, e as segundas cláusulas acessórias, cuja violação não afetaria o equilíbrio do contrato e, portanto, daria azo apenas à indenização por perdas e danos.¹³

¹¹ BUSSATA, Eduardo Luiz. *A resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.35; SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.18, out./dez. 2007; BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.62, nov. 1993.

¹² *BOONE v. EYRE*. Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/cases/2417>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹³ « *La condition est un élément essentiel au contrat ; le warranty lui, est accessoire. Par cette distinction, la nature de l'obligation permet aux parties, puis aux tribunaux, de constater a posteriori l'opportunité de la résolution. L'inexécution de chaque obligation entraîne un régime différent, c'est pourquoi la qualification de l'obligation est cruciale. Cette qualification se fait principalement à partie d'éléments objectifs : l'intention des parties n'est à cet égard qu'un indice.* » Tradução livre: "A *condition* é um elemento essencial do contrato; a *warranty* é acessória. Por essa distinção, a natureza da obrigação permite às partes, e aos tribunais, de constatarem *a posteriori* a oportunidade da resolução. A inexecução de cada uma dessas obrigações resulta num regime diferente, por isso a qualificação da obrigação é crucial. Essa qualificação se faz principalmente a partir de elementos objetivos: a intenção das partes é apenas um desses índices." (SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*. Paris : LGDJ, 2000. p.198).

Caberia às partes, na elaboração do contrato, definirem as obrigações que seriam essenciais ou secundárias e às Cortes, em uma eventual demanda judicial, respeitar a vontade dos contratantes.

Essa distinção, no entanto, por se tratar de classificação rígida e meramente estrutural, além de insuficiente para a aferição, no caso concreto, do direito à resolução contratual¹⁴, acabou por gerar injustiças.

Caso emblemático da severidade acarretada pela referida distinção acatada na Inglaterra é o chamado *Cutter vs. Powell*, julgado em Liverpool em 1795.¹⁵ Naquela hipótese, Cutter havia sido contratado para trabalhar em determinado navio durante o percurso da Jamaica para a Inglaterra, mas, antes de chegar ao seu destino, faleceu a bordo. Sua viúva ingressou em juízo para requerer da contratante o pagamento que entendia devido a Cutter pelo trabalho prestado. No entanto, tendo em vista tratar-se de contrato que previa a prestação de serviços durante todo o tempo da viagem e que o falecimento do contratado se deu vinte dias antes do termo acordado, restou decidido pela Corte que a viúva não fazia jus a nenhuma indenização, uma vez que o falecido não havia executado a sua obrigação. Tratava-se a referida obrigação de prestação de

¹⁴ « *En premier lieu, le critère tiré de l'importance de l'obligation tient seulement à la nature de l'obligation et non à l'effet sur le contrat de son inexécution. [...] En second lieu, un critère qualitatif fondé sur la nature de l'obligation ne suffit pas à déterminer réellement la gravité de l'inexécution. De surcroît, si les juges peuvent requalifier la nature de l'obligation inexécutée, il leur est loisible de constater la gravité de l'inexécution en la plaçant dans l'une de deux catégories. Par conséquent, la distinction devient une simple appellation, le nom – de condition ou de warranty – perd sa signification. [...] Pour conclure, il est opportun de constater la nature réelle du critère : la hiérarchie entre les conditions et les warranties ne donne pas beaucoup d'éclaircissements quant aux conditions auxquelles le créancier peut résoudre le contrat en étant dans son bon droit car son application est au fond contingente.* » Tradução livre: “Em primeiro lugar, o critério da importância da obrigação se refere somente à natureza da obrigação e não aos efeitos de sua inexecução sobre o contrato. [...] Em segundo lugar, um critério qualitativo fundado na natureza da obrigação não é suficiente para determinar realmente a gravidade da inexecução. Se os juízes podem requalificar a natureza da obrigação inexecutada, também é possível constatar a gravidade da inexecução, colocando-a em uma das duas categorias. Por consequência, a distinção se torna uma simples designação, o nome – *condition* ou *warranty* – perde o seu significado. [...] Para concluir, é oportuno constatar que a natureza real do critério: a hierarquia entre *conditions* e *warranties* não proporciona maiores esclarecimentos sobre as condições em que o credor pode resolver o contrato pois sua aplicação é no fundo casuística.” (SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000. p.199-201).

¹⁵ CUTTER V POWELL (1795) 6 TR 320. Disponível em: <<https://www.lawteacher.net/cases/cutter-v-powell.php>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

serviços de *condition* e, de acordo com o posicionamento na Inglaterra, o seu descumprimento ensejava a resolução do contrato.¹⁶

Diante desse cenário, as Cortes Inglesas mudaram a sua abordagem e passaram a aferir, no caso concreto, se determinado inadimplemento era fundamental ou não.^{17,18} Em realidade, também o objeto da análise se transformou, incluindo-se, além da importância da obrigação descumprida, também a extensão da inexecução da obrigação¹⁹ e o grau de satisfação dos interesses do credor.²⁰

Nos casos em que, ainda que de forma imperfeita, a obrigação houvesse sido prestada de maneira bem próxima ao pactuado, o credor não poderia resolver o contrato, mas tão somente exigir a prestação descumprida e perdas e danos. O devedor, por sua vez, ainda teria direito ao recebimento de sua contrapartida.

¹⁶ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.62, nov. 1993.

¹⁷ « *La jurisprudence a remplacé alors le caractère fondamental de l'obligation par le caractère fondamental de la violation. Partant, on a parlé en termes de fundamental breach, qui signifie que la violation est grave. On ne s'attache plus à la dénomination, ou à l'identification de l'obligation mais à l'effet du manquement.* » Tradução livre: « A jurisprudência substituiu o caráter fundamental da obrigação pelo caráter fundamental da violação. Portanto, se fala em termos de *fundamental breach*, que significa que a violação é grave. Não se prende mais à denominação ou à identificação da obrigação, mas aos efeitos do descumprimento.» (SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000. p.203).

¹⁸ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.62, nov. 1993.

¹⁹ « *Le critère de l'importance de l'inexécution prend en compte explicitement l'incidence de l'inexécution sur la vie du contrat. En d'autres termes, au lieu de se concentrer sur l'importance de l'obligation inexécutée, à savoir sa nature, le droit se préoccupe davantage de l'importance de l'inexécution sur le contrat entier : c'est en réalité s'attacher à gravité de l'inexécution. Cependant, on peut imaginer que c'est à travers l'importance de l'obligation qu'on peut constater la gravité de l'inexécution. Il est donc artificiel de séparer complètement les deux critères. Par conséquent, il semblerait que le deuxième critère, centré sur l'importance de l'inexécution, conduise à attribuer un rôle à l'importance de l'obligation.* » Tradução livre: « O critério de importância da inexecução leva em conta explicitamente a incidência do descumprimento sobre a vida do contrato. Em outros termos, no lugar de se concentrar sobre a importância da obrigação inexecutada, a saber sua natureza, o direito se preocupa com a importância da inexecução sobre o contrato inteiro: é na realidade se basear na gravidade da inexecução. Entretanto, pode-se imaginar que é através da importância da obrigação que se constata a gravidade da inexecução. É, portanto, artificial separar completamente os dois critérios. Consequentemente, parece que o segundo critério, centrado na importância da inexecução, acaba por atribuir papel à importância da obrigação.» (SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000. p.201).

²⁰ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.62, nov. 1993.

Em razão de sua importância²¹, institutos semelhantes ao adimplemento substancial foram adotados por países da *civil law*.²² Diversas codificações preveem dispositivos que, ora vedam a resolução contratual por descumprimento de escassa importância, ora a condicionam a um inadimplemento suficientemente grave. É o caso, por exemplo, do art. 1.455 do Código Civil Italiano^{23,24}, dos art. 802.2 do Código Civil Português²⁵, do § 323 (5) do BGB²⁶ e do art. 1.224 do Código Civil Francês²⁷.

²¹ Apesar de ter inspirado diversos modelos jurídicos, defende-se que chamado *fundamental breach*, nos dias atuais, tem sua maior utilização na Inglaterra como mecanismo de verificação de validade de cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade. Sobre o tema, remete-se o leitor à obra: SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000.

²² Não se busca, no presente trabalho, fazer um estudo de direito comparado sobre o tema do adimplemento substancial, restringindo-se a análise desta dissertação à aplicação do instituto no Direito brasileiro. Para a referida investigação, no entanto, é bastante interessante e rica a observância de institutos semelhantes em sistemas estrangeiros, que serão apresentados ao longo do texto, a fim de ilustrar os problemas enfrentados em nosso ordenamento e inspirar eventuais soluções. Nesse primeiro capítulo, os dispositivos serão mencionados de forma breve, apenas para pontuar a existência do instituto em outros sistemas. Para uma análise mais aprofundada, remete-se ao Capítulo 2.

²³ Art. 1.455 - *Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*. Tradução livre: O contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver de escassa importância, levando-se em conta o interesse da outra.

²⁴ Luca Nanni defende que a referida norma é inspirada na exigência de evitar que o credor da prestação inadimplida se aproveite, em detrimento do devedor, de um leve inadimplemento para obter um remédio tão drástico como a resolução contratual. Tradução livre de: *“la norma in commento è ispirata all'esigenza di evitare che il creditore della prestazione inadempita approfitti, a danno dell'inadempiente, di un leggero inadempimento per ottenere un rimedio così drastico qual è la risoluzione del contratto.”* (NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.11).

²⁵ Art. 802. 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização.

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

²⁶ § 323 (5) *If the obligor has performed in part, the obligee may withdraw from the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not withdraw from the contract if the breach of duty is trivial.* (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/) Tradução livre: Se o devedor cumpriu a obrigação em parte, o credor somente pode retirar-se de todo o contrato se não tiver interesse no cumprimento parcial. Se o devedor não tiver cumprido a obrigação em conformidade com o contrato, o credor não pode se retirar do contrato se o inadimplemento da obrigação for trivial.

²⁷ O referido dispositivo foi introduzido no Código Civil Francês pela reforma do direito das obrigações, ocorrida em 2016. No entanto, mesmo antes da entrada em vigor do art. 1.224, já se entendia que a resolução contratual era medida excepcional. Atualmente, o art. 1224 do Code Civil Francês assim prevê: « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.* » Tradução livre: A resolução resulta seja da aplicação

Os referidos ordenamentos, no entanto, não apresentam na lei parâmetros efetivos que indiquem quando determinado inadimplemento ensejará o direito à extinção do vínculo contratual, fazendo com que a doutrina e a jurisprudência busquem meios de preencher o comando legislativo na tentativa de estabelecer critérios objetivos de aferição da teoria no caso concreto.²⁸

Diante da importância de não se conceder ao credor um direito absoluto à resolução contratual, regras com a mesma *ratio* dos dispositivos elencados acima foram previstas tanto pela Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”)^{29,30}, ratificada pelo Brasil em 2012, quanto pelos Princípios do Unidroit, que, apesar de não terem natureza de regra cogente, podem auxiliar na interpretação do instituto.³¹

de uma cláusula resolutiva expressa seja, em caso de inexecução suficientemente grave, de uma notificação do credor ao devedor ou de uma decisão judicial. V., sobre o ponto, capítulo 2.

²⁸ O assunto será tratado no Capítulo 2.

²⁹ Artigo 49: (1) O comprador pode declarar o contrato resolvido: (a) se a inexecução pelo vendedor de qualquer uma das obrigações que resultam para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma violação fundamental do contrato; ou (b) em caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias no prazo suplementar concedido pelo comprador, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 47, ou se declarar que não as entregará no prazo assim concedido. (2) Todavia, se o vendedor entregou as mercadorias, o comprador perde o direito de declarar o contrato resolvido, se não o fez: (a) em caso de entrega tardia, num prazo razoável a partir do momento em que soube que a entrega tinha sido efetuada; (b) em caso de outra violação contratual que não a entrega tardia, num prazo razoável: (i) a partir do momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento da violação do contrato; (ii) após o decurso de qualquer prazo suplementar concedido pelo comprador, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 47, ou depois de o vendedor ter declarado que não executaria as suas obrigações neste prazo suplementar; ou (iii) após o decurso de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor, nos termos do parágrafo 2 do artigo 48, ou depois de o comprador ter declarado que não aceitaria a execução.

³⁰ Artigo 64: (1) O vendedor pode declarar o contrato resolvido: (a) se a inexecução pelo comprador de qualquer uma das obrigações que resultam para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma violação fundamental do contrato; ou (b) se o comprador não executar a sua obrigação de pagar o preço ou não aceitar a entrega das mercadorias no prazo suplementar concedido pelo vendedor, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 63, ou se declarar que não o fará no prazo assim concedido. (2) Todavia, se o comprador pagou o preço, o vendedor perde o direito de declarar o contrato resolvido, se não o fez: (a) em caso de execução tardia pelo comprador, antes de ter sabido que a execução teve lugar; ou (b) em caso de outra violação contratual do comprador que não a execução tardia, num prazo razoável: (i) a partir do momento em que o vendedor teve ou deveria ter tido conhecimento da violação do contrato; ou (ii) após o decurso de qualquer prazo suplementar concedido pelo vendedor, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 63, ou depois de o comprador ter declarado que não executaria as suas obrigações neste prazo suplementar.

³¹ “Publicados inicialmente em 1994, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), e acrescidos novos capítulos e normas em 2004, os *Princípios* constituem uma fonte não-legislativa de direito uniforme dos contratos internacionais. Sua autoridade como fonte do direito, dentre outras razões, decorre da excelência do trabalho realizado pelos juristas envolvidos em sua elaboração – daí denominar-se um *droit savant* –, representantes de todas as tradições jurídicas contemporâneas, e de sua crescente utilização em contratos, arbitragens e litígios judiciais de caráter internacional. [...] Seu principal objetivo é prover os agentes do comércio internacional de normas uniformes versando os vários aspectos da relação contratual, como *formação, validade, interpretação, execução e inexecução* dos contratos, *compensação*, a

A CISG considera como fundamental a violação que priva substancialmente o outro contratante daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, desde que o descumprimento seja previsível.^{32,33} Ainda que apresente conceitos genéricos e amplos como os de substancialidade e previsibilidade, a norma apresenta, ao menos, um ensaio de conceituação do ato capaz de ensejar o término do contrato.³⁴

No mesmo caminho está o art. 7.3.1(2) dos Princípios do Unidroit, que condiciona a resolução contratual ao inadimplemento de obrigação essencial, caracterizando-o como aquele que (i) priva substancialmente o co-contratante daquilo que poderia esperar do contrato, desde que esse descumprimento seja previsível; (ii) constitui a essência do contrato; (iii) seja doloso ou culposo; (iv) gere, no co-contratante, receio de que não haja adimplemento do restante

*cessão de créditos, dívidas e contratos, e os prazos de prescrição. Tais normas, dotadas de suficiente flexibilidade, podem servir aos contratantes em vários contextos, permitindo-lhes superar, de um modo geral, as desconfiças recíprocas que derivam do natural apego de cada parte ao seu respectivo direito nacional. Por outro lado, desfrutam de autoridade bastante para atrair o interesse de juízes e árbitros que, levados a aplicar o direito ao contrato internacional, têm à sua disposição um corpo sistematizado de normas, de inegável reputação e fácil identificação no cenário internacional”. (GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.3-4).*

³² 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 daquilo 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 o tivesse igualmente previsto.

³³ “*Di conseguenza, la risoluzione del contratto potrà essere ottenuta solo se gli effetti pregiudizievoli derivanti dall’inadempimento contrattuale siano rilevanti per il creditore e prevedibili per il debitore, nel momento in cui si realizza l’inadempimento o – per altri autori – al momento della conclusione del contratto.*” Tradução livre: “Consequentemente, a resolução do contrato poderá ser obtida apenas se os efeitos prejudiciais derivados do inadimplemento contratual forem relevantes para o credor e previsíveis para o devedor, no momento em que se realiza o inadimplemento ou – para outros autores – no momento da conclusão do contrato.” (BERTINO, Lourenzo. *Le clausole sulla non scarsa importanza dell’inadempimento*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2016. p.120). Sobre o assunto, ver análise do tema no Capítulo 2.

³⁴ “*Meditation over terms with connotations as fundamental, substantial or foreseeable never ends, nor does controversy about their meaning.*” Tradução livre: “A meditação sobre termos preenchidos por conotações como fundamental, substancial ou previsíveis nunca acaba, tampouco a controvérsia sobre os seus significados.” (WILL, Michael. In: BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987. p.205-221. Reproduced with permission of Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html#ii>>. Acesso em: 04 jan. 2018); “*the definition of ‘fundamental breach’ in Article 25 had to be drafted in general terms and could not specify all the circumstances that may be relevant in determining whether a breach will ‘substantially’ deprive a party ‘of what he is entitled to expect under the contract...’*” Tradução livre: “a definição de inadimplemento fundamental no artigo 25 teve que ser elaborada em termos gerais e não pode especificar todas as circunstâncias que podem ser relevantes na determinação de que determinado descumprimento irá privar a parte daquilo que ela poderia esperar em razão do contrato”. (HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3.ed. 1999. p.204-212. Reproduced with permission of the publisher, Kluwer Law International, The Hague. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho25.html>>. Acesso em: 04 jan. 2018).

pactuado; devendo considerar-se, ainda, para efeitos de extinção do vínculo contratual, se a parte inadimplente sofrerá grave prejuízo em decorrência de eventual preparação já ocorrida ou da resolução em si.^{35,36}

³⁵ 7.3.1 (Direito à extinção do contrato)

- (1) Uma parte pode extinguir o contrato se a falha da outra parte em cumprir uma obrigação contratual constitui um inadimplemento essencial.
- (2) Para determinar-se se o descumprimento de uma obrigação constitui um inadimplemento essencial, deve-se considerar, especialmente, se:
- (a) o inadimplemento priva substancialmente a parte prejudicada daquilo que ela poderia esperar do contrato, a menos que a outra parte não tenha previsto e não poderia ter razoavelmente previsto tal resultado;
 - (b) o adimplemento nos exatos termos da obrigação não cumprida é da essência do contrato;
 - (c) o inadimplemento é doloso ou culposos;
 - (d) o inadimplemento dá à parte prejudicada motivo para acreditar que ela não pode confiar no adimplemento futuro da outra parte;
 - (e) a parte inadimplente sofrerá excessivas perdas em consequência da preparação para o adimplemento ou dele próprio, caso o contrato seja extinto.

³⁶ “A questão de se, no caso de inadimplemento por uma parte, a outra deveria ter o direito de extinguir o contrato depende do sopesar de várias circunstâncias. De um lado, o adimplemento pode ser tão tardio ou tão defeituoso que a parte prejudicada não pode aproveitá-lo para os fins desejados, ou o comportamento da parte inadimplente pode, em outras searas, ser tal que a parte prejudicada deveria ter o direito de extinguir o contrato. Por outro lado, a extinção frequentemente causará sérios detrimientos à parte inadimplente, cujas despesas em preparar e em realizar a prestação são irrecuperáveis. Por tais razões, o inciso (1) desse artigo prevê que uma parte prejudicada possa extinguir o contrato apenas se o inadimplemento da outra parte é ‘essencial’, *i.e.* material e não meramente de menor importância [...]. O inciso (2) desse artigo lista um número de circunstâncias que são relevantes na determinação de se, num dado caso, a falha em cumprir uma obrigação acarreta um inadimplemento essencial. *a. Inadimplemento que substancialmente priva a outra parte de suas expectativas.* O primeiro fator referido no inciso (2)(a) é que o inadimplemento seja tão essencial que a parte prejudicada reste substancialmente privada daquilo que poderia esperar quando da formação do contrato. [...] *b. Adimplemento nos exatos termos.* O inciso (2)(b) foca não a real gravidade do inadimplemento, mas a natureza da obrigação contratual cujo adimplemento nos exatos termos possa ser da essência. Tais obrigações de adimplemento exato não são incomuns em contratos comerciais. Por exemplo, em contratos de compra e venda de *commodities*, o tempo de entrega é normalmente considerado da essência, e numa transação de crédito documentário, os documentos oferecidos devem corresponder com exatidão aos termos do crédito. *c. Inadimplemento intencional.* O inciso (2)(c) lida com a situação em que o inadimplemento é doloso ou culposos. Entretanto, pode ser contrário à boa-fé (Art. 1.7) extinguir o contrato, se o inadimplemento, ainda que intencional, seja insignificante. *d. Falta de confiança em adimplemento futuro.* Segundo o inciso (2)(d), é relevante o fato de o inadimplemento dar à parte prejudicada razão para acreditar que ela não possa confiar no adimplemento futuro da outra parte. Se uma parte deve realizar prestações em parcelas, e está claro que um defeito encontrado em uma das primeiras prestações será repetido em todas as demais, a parte prejudicada pode extinguir o contrato, ainda que os defeitos na prestação anterior não justifiquem em si a extinção. Às vezes, uma quebra intencional pode demonstrar que não se pode confiar naquela parte. [...] *e. Perdas excessivas.* O inciso (2)(e) lida com situações onde uma parte que falha em adimplir confiou no contrato e preparou ou ofereceu sua prestação. Nesses casos, deve-se considerar a extensão em que aquela parte sofrerá perdas excessivas se o inadimplemento for tratado como essencial. É menos provável que o inadimplemento seja tratado como essencial se ocorrer tardiamente, após preparada a prestação, do que se ocorrer antes desses preparos. Também é relevante a questão de se a prestação oferecida ou realizada possa ser de algum benefício para a parte inadimplente, se tal prestação foi recusada ou devolvida.” (VILLELA, João Batista (Ed.-Resp.). *Princípios Unidroit 2004: relativos aos contratos comerciais internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.233-236).

Ao contrário do que possa parecer, apesar de apresentarem dispositivos um pouco mais extensos, demonstrando, inclusive, uma tentativa de parametrizar o chamado descumprimento essencial da obrigação, a identificação das hipóteses em que se entende cabível a resolução contratual nos casos em que aplicáveis as regras, seja da CISG seja dos Princípios do Unidroit, ainda é de difícil aferição.

Diversas obras e artigos doutrinários tratam do tema e chegam mesmo a afirmar que as referidas previsões geram, na realidade, controvérsias e significativas divergências no cenário internacional.³⁷

No Brasil, como se verá no item subsequente, o cenário não é muito diferente. Embora não esteja positivado no direito brasileiro, sustenta-se que a teoria do adimplemento substancial tem por fundamento a boa-fé objetiva, e a sua aplicação já vinha sendo defendida tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002³⁸, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988.

Atualmente, são numerosos os casos em que se verifica a discussão da incidência da teoria como forma de afastar a resolução do contrato. Com efeito, a extinção da obrigação será rechaçada com base no referido instituto quando o descumprimento, por parte do devedor, não tenha sido relevante ou quando a obrigação houver sido essencialmente cumprida.³⁹

³⁷ BENETTI, Giovanna. Criteria for application of a fundamental breach of contract in the CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Eds.). *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. The Hague, the Netherlands: Eleven, 2016. p.244; STELLENBOSCH, Gerhard Lubbe. Fundamental breach under the GISC: a source of fundamentally divergent results. *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Intenationales Privatrecht*, v.68, p.445-446, Jahrgang 2004; GREBLER, Eduardo. Fundamental Breach of Contract Under the CISG: A Controversial Rule. In: ANNUAL MEETING (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW), 2007, Washington. *Proceedings...* Washington, DC, 28-31Mar. 2007. v.101. p.409.

³⁸ Mesmo antes da previsão expressa da boa-fé objetiva, pelo Código Civil de 2002, os Tribunais já aplicavam a teoria do adimplemento substancial seja com fundamento no antigo Código Comercial, seja no Código de Defesa do Consumidor. A título ilustrativo, podem-se apontar os seguintes casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça: *REsp 76.362/MT*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 11/12/1995. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ. 01/04/1996; *REsp 113.710/SP*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 25/02/1997. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 31/03/1997, p.9640 e *REsp 415.971/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 14/05/2002. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 24/06/2002, p.302.

³⁹ Judith Martins-Costa defende que o adimplemento substancial “significa dizer que o essencial da prestação foi cumprido, sendo substancialmente satisfeito o interesse do credor que, ao pedir a resolução em virtude de incumprimento que não interfere no proveito que tira da prestação, não exerce interesse considerado digno de tutela jurídica para o drástico efeito resolutorio” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5. T.1. p.112). Para Anelise Becker, “quando o adimplemento é substancial, foi cumprido aquilo que era essencial na relação obrigacional e, por isso, satisfeitos os interesses do credor”. (BECKER, Anelise. *A doutrina do*

1.1 Fundamento normativo de aplicação do adimplemento substancial

A boa-fé objetiva exerce papel de extrema importância no Direito das Obrigações. Durante muito tempo tido como a parte do Direito mais tradicional, em que a autonomia da vontade⁴⁰ e a

adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.61, nov. 1993).

⁴⁰ Nas palavras de Clovis V. do Couto e Silva, “entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.” (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.24). Contrapondo a autonomia da vontade e a autonomia privada, cita-se Pietro Perlingieri: “A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado do outro.” [...] O ato de autonomia privada não é um valor em si; pode sê-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento. [...] Não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia ao ato a ser avaliado, não só isoladamente, mas, no âmbito da atividade exercida pelo sujeito”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.277-280).

força obrigatória dos contratos⁴¹ eram vistos como pilares inafastáveis e absolutos, o Direito Obrigacional sofreu significativas transformações em razão da aplicação da boa-fé objetiva.⁴²

Originalmente associada apenas à sua vertente subjetiva, que diz respeito ao estado psicológico do agente, à sua consciência e a aspectos internos do sujeito, a boa-fé objetiva, ao contrário, passa a se deter sobre o aspecto exterior da conduta humana e seus reflexos no programa contratual.⁴³ Busca-se, por meio de sua aplicação, assegurar a obtenção dos efeitos que as partes quiseram atribuir a determinado contrato.⁴⁴

⁴¹ Sobre esse ponto, cite-se a lição de Orlando Gomes: “O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga o contratante, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e as obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. [...] Esse princípio mantém-se no Direito atual dos contratos com atenuações que lhe não mutilam a substância. As exceções preconizadas, e já admitidas, com hesitação, em poucas legislações, revelam forte tendência para lhe emprestar significado menos rígido, mas não indicam que venha a ser abandonado, até porque sua função de segurança lhe garante a sobrevivência. O que mais se não admite é o sentido absoluto que possuía. Atribui-se-lhe, hoje, relatividade que a doutrina do individualismo recusava. O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado cedeu antes novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem. Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade. Em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz. Conquanto essa atitude represente alteração radical nas bases do Direito dos contratos, como parece a alguns entusiastas do poder pretoriano dos juízes, a verdade é que, no particular, houve sensível modificação do pensamento jurídico.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.36-37).

⁴² “Não é mais possível afirmar-se categoricamente que “*quid it contractuelle, dit juste*”. Não é mais possível afirmar-se que a autonomia da vontade é absoluta e que as partes no contrato são absolutamente iguais, podendo por isso pactuar livremente seus interesses. [...] Esse processo de transformação da teoria clássica dos contratos levou a uma necessária releitura dos princípios consagrados há séculos e tidos como verdadeiros dogmas para os teóricos do contrato.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.256). Ver, também, SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.15, out./dez. 2007.

⁴³ “A boa-fé referida no art. 422 do Código é a boa-fé objetiva. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar agindo em conformidade com o direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas lhe impõe comportamentos objetivamente conforme aos parâmetros de cooperação, honestidade, lealdade dirigidos à promoção dos fins perseguidos na concreta relação obrigacional. O seu conteúdo consiste, portanto, em padrões de conduta, que variam de acordo com a específica relação existente entre as partes” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Caitlin Mulholland. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.20).

⁴⁴ “O que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato, não se exigindo que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte, no mais das vezes antagônico ao seu próprio.”

Antes mesmo de sua inclusão no Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva já vinha sendo invocada, tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais brasileiros, seja com fundamento no Código Comercial, seja, mais tarde, com base no Código de Defesa do Consumidor.⁴⁵ É inegável, no entanto, que, após a sua positivação pelo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva teve a sua utilização significativamente aumentada.⁴⁶

Norma cogente, que independe da vontade das partes, a boa-fé objetiva possui três funções: (i) função interpretativa, (ii) função criadora de deveres e obrigações; e (iii) função de controle do exercício de direitos subjetivos. É frequente que as referidas funções se complementem e, em determinados casos, até mesmo se confundam.⁴⁷

(TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.20).

⁴⁵ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber defendem que apenas após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva deixou de ser invocada unicamente em sua acepção subjetiva e tomou os contornos modernos de cláusula geral de lealdade e colaboração para fins contratuais. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.29-44).

⁴⁶ A superutilização da boa-fé objetiva, no entanto, deu margens a críticas, em razão da atecnicidade verificada na aplicação da norma. Entre elas, destaca-se o alerta de Anderson Schreiber: “Com esta expressão, superutilização da boa-fé objetiva, propõe-se designar um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e suas funções. Com efeito, devido à sua inspiração original – associada a considerações morais, éticas e até jusnaturalistas – e à sua estrutura – cláusula geral, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo julgador –, a boa-fé objetiva foi se investindo, em todo o mundo, da tarefa de oxigenar os códigos civis, realizando, em sua aplicação concreta, aspirações anti-individualistas e antiliberais. Embora sua incidência tenha sido questionada no âmbito das relações públicas, e até nas relações extracontratuais, a boa-fé objetiva sofreu, no âmbito das relações contratuais, uma utilização exagerada, convertendo-se, muitas vezes em noção depositária de todos os anseios. Assim, a boa-fé objetiva aparece hoje, não obstante os propósitos meritórios de sua aplicação, como fundamento de soluções a que se chegaria, de forma mais eficaz e mais adequada à luz do próprio sistema jurídico, pela aplicação de princípios constitucionais, ou até de regras específicas do direito privado. [...] Outras vezes, invoca-se a boa-fé como sinônimo de equidade, o que é impróprio, já que a boa-fé ocupa um locus particular dentro do direito positivo. Pior: a intensa força retórica da expressão tem habituado magistrados a simplesmente mencionar a boa-fé na fundamentação de suas decisões, sem qualquer espécie de consideração adicional. O resultado é o alargamento do conceito a tal ponto que sua função passa a se confundir com a do inteiro ordenamento jurídico. Em outras palavras, invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p.80-81).

⁴⁷ “A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõe ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato. Estes deveres anexos, todavia, não incidem de forma ilimitada. Seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada. Assim, se é

A primeira delas, de cânone hermenêutico, tem por base normativa o art. 113 do Código Civil. Serve de guia ao intérprete para que se assegure a consecução do objetivo comum perseguido pelas partes, sendo impositiva, para ambos os contratantes, conduta leal, honesta, transparente.⁴⁸ A função interpretativa, como se adiantou acima, vai ter inegável importância tanto na delimitação dos contornos dos deveres anexos, criados também por observância da boa-fé objetiva, como na aferição do grau de limitação dos direitos subjetivos no campo contratual.⁴⁹

certo que o vendedor de um automóvel tem o dever – imposto pela boa-fé objetiva – de informar comprador acerca dos defeitos do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência partidária, sua vida familiar ou seus hábitos cotidianos. Um dever de informação assim concebido mostrar-se-ia não apenas exagerado, mas também irreal, porque seu cumprimento seria, na prática, impossível tendo em vista a amplitude do campo de informações. Faz-se necessário, portanto, identificar o critério que determina os limites do dever de informação e dos demais deveres anexos, sob pena de inviabilizar a própria aplicação da cláusula geral de boa-fé.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.37).

⁴⁸ “Como regra de interpretação, o recurso ao princípio da boa-fé serve para melhor especificar a finalidade do acordo à luz das circunstâncias concretas que o caracterizam”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.18); “Na primeira função, alude-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. A boa-fé impede, aí, por certo, interpretações maliciosas e dirigidas a prejudicar a contraparte, mas vai além, atribuindo à norma contratual o significado mais leal e honesto.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p.56-57); “O recurso interpretativo ao princípio da boa-fé será a forma pela qual o operador do direito preservará a finalidade econômico-social do negócio jurídico e determinará o sentido do contrato em toda a sua trajetória, preservando a relação cooperativa, mesmo que a operação hermenêutica contrarie a vontade contratual.” (ROSEVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.90); “Com efeito, a primeira função, hermenêutico-integrativa, é a mais conhecida: atua aí a boa-fé como *cânon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes. [...] Isso porque, observa Giovanni Maria Uda, para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fatispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p 428-429).

⁴⁹ “Por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração. Em muitos casos, é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é da conquista da interpretação integradora. É certo que tal forma de interpretação serve, realmente, para aumentar o conteúdo do negócio jurídico; mas, por outro lado, não é menos exato que se adstringe, tão-somente, à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação, e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações. Além disso, o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes e boa-fé. Finalmente, em muitos casos, quando se pensa estar fazendo interpretação integradora, em realidade o que se realiza é a

Também por meio da interpretação do negócio, busca-se proteger a legítima expectativa dos contratantes e garantir a segurança jurídica, direcionando o contrato à sua função e assegurando que ele atinja a finalidade razoavelmente esperada.

A segunda função desempenhada pela boa-fé objetiva, sempre com o objetivo de permitir que o negócio jurídico atinja o fim almejado pelos contratantes, é a criadora de deveres anexos⁵⁰, que são incorporados à obrigação originariamente prevista pelas partes por força legal.^{51,52}

Em outras palavras, independentemente de consenso dos contratantes acerca dos referidos deveres, em razão da força obrigatória da boa-fé objetiva, elevada a norma cogente no Código Civil de 2002, as partes devem observar os deveres criados na referida relação contratual.⁵³

aplicação do princípio da boa-fé. 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 pensamento. O rigor científico exige a separação entre as hipóteses da interpretação integradora e a concreção do princípio da boa-fé, o qual tem vigência mesmo como norma não escrita” (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.36).

⁵⁰ Esses deveres são chamados, também, de secundários, acessórios ou laterais.

⁵¹ Faz-se referência ao art. 422 do Código Civil, que assim prevê: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁵² “Como norma de criação de deveres jurídicos, a boa-fé dá origem aos chamados “deveres laterais”, também conhecidos como acessórios, ou ainda secundários, em razão de não se referirem direta e primordialmente ao objeto central da obrigação. Ao se exigir que os contratantes, quer na conclusão, quer na própria execução do contrato ‘guardem os princípios da probidade e boa-fé’, o CC, muito mais do que apenas exigir um dever geral de não prejudicar, autoriza a imposição de uma série de deveres de conduta mutuamente exigíveis entre os contratantes e que independem da vontade de um e de outro. [...] Como consequência, amplia-se o suporte fático do inadimplemento obrigacional, considerando-se violação ao contrato o descumprimento de deveres laterais, a dar lugar não apenas à pretensão ressarcitória, mas, igualmente, àqueles outros remédios próprios ao inadimplemento: a possibilidade de recusar a prestação com base na exceção de contrato não cumprido e, no limite, a possibilidade de resolver o contrato. [...] Trata-se, em suma, de deveres de proteção e cooperação, que, embora se possam exemplificar, não se podem exaurir por meio de catálogos abstratos e apriorísticos. É que, para especificação de tais deveres, fatores tais como a natureza do vínculo contratual – mais ou menos fundado na confiança – e a condição econômica das partes – mais ou menos discrepante – serão de maior relevância.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.18-19); “No que tange à segunda função, a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, como o dever de informação, o dever de segurança, o dever de sigilo, o dever de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais, e assim por diante. Na verdade, os deveres anexos – também chamados acessórios, instrumentais ou tutelares – variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, e a precisa identificação do seu conteúdo é, em abstrato, inviável. Isto não apenas os mantém a salvo de qualquer tipificação, mas também conserva o caráter aberto da cláusula geral de boa-fé objetiva.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p.57).

⁵³ Aspecto interessante dos deveres anexos está na sua origem não voluntarista. Tendo como fonte a própria boa-fé objetiva, tais deveres independem da vontade das partes, e podem surgir mesmo contra esta vontade.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e Venire Contra*

Doutrina e jurisprudência buscaram elencar os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, destacando entre eles os de lealdade, proteção, informação, cuidado, prestação de contas, sigilo.⁵⁴ É pacífico, no entanto, o entendimento de que não se pode apresentar rol senão meramente exemplificativo, uma vez que os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, que vinculam ambos os contratantes, só poderão ser corretamente identificados através da análise do negócio jurídico concreto sobre o qual incidem, e dos fins econômicos e sociais pretendidos pelas partes. Com efeito, tendo em vista que a função dos deveres anexos é a de possibilitar a consecução do objetivo das partes, o seu conteúdo está diretamente ligado à causa do negócio celebrado.⁵⁵

Uma vez identificados no caso concreto, os deveres integram o objeto da relação contratual e devem ser observados tanto pelo devedor quanto pelo credor durante todo o período obrigacional, aí incluídos não só o momento da execução da obrigação propriamente dito, mas também as fases pré e pós contratuais.

Factum Proprium. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p.57). No mesmo sentido: “É certo, assim, que os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função sócio-econômica do negócio celebrado.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.39).

⁵⁴ Sobre o tema, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber assinalam que “não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protetivo. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir. Mais: aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem-número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque, não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.34-35).

⁵⁵ “A causa também serve para isto: é através dela que se individualizam os elementos essenciais a um determinado contrato e a partir daí se pode proceder à investigação da presença (ou ausência) de tais elementos no concreto regulamento de interesses estabelecido pelas partes.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.1, p.4, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

A terceira e última função atribuída à boa-fé objetiva é a de controle do exercício dos direitos subjetivos⁵⁶, com o objetivo de evitar o abuso.⁵⁷ Nega-se validade aos atos que, embora estrutural e formalmente praticados dentro dos limites legais, estão em desconformidade com o ordenamento ou com a finalidade que o negócio pretende atingir.⁵⁸

Trata-se, uma vez mais, de tutelar a confiança, dessa vez, controlando o exercício de atos cuja recepção pelo ordenamento jurídico dependia unicamente da vontade do agente e de sua adequação aos requisitos formais estabelecidos em lei. Nasce para as partes o dever de não se comportar de forma a lesar os interesses legítimos do outro contratante, dever esse que limita tanto o voluntarismo quanto o liberalismo, colocando uma pá de cal sobre a tradicional concepção de direitos patrimoniais absolutos.⁵⁹

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.58.

⁵⁷ Segundo Eduardo Nunes de Souza “pode-se definir abuso do direito como o exercício de determinada situação jurídica subjetiva por seu titular de forma anti-social, de tal modo que o direito (*rectius*, a situação jurídica) em questão não mais cumpra a função ou finalidade que justifica sua tutela jurídica. (SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.41, abr./jun. 2012).

⁵⁸ Ainda de acordo com Eduardo Nunes, “o controle da abusividade no exercício das situações jurídicas coloca-se em posição intermédia entre o controle de licitude e o controle do merecimento de tutela, no que tange ao juízo valorativo de condutas. [...] Não haverá, no abuso, dois interesses legítimos contrapostos. O conflito no abuso não reside no choque entre dois direitos, mas no choque entre um regulamento legítimo de interesses (o perfil funcional) e o exercício desconforme a ele, de todo censurável.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.83, abr./jun. 2012).

⁵⁹ “No que toca à sua terceira função, o princípio da boa-fé combina-se com a teoria do abuso de direito para impor restrições ao exercício de direitos subjetivos. Nesse sentido, a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares. [...] Em tal contexto, faz-se referência ao princípio *Nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, a ninguém é dado vir contra o próprio ato. Em sua acepção contemporânea, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.20); “A terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standards* imposto pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão *exercício inadmissível de direitos*, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé. [...] Na definição da boa-fé objetiva assume, de fato, grande importância este respeito à condição alheia, aos interesses do outro, às suas esperanças e expectativas, o que remete, em última análise, à chamada tutela da confiança”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p.58-59).

Essa vertente da boa-fé objetiva esteve, durante muito tempo, ligada à noção de dolo do agente: o ato inicialmente tido como lícito era considerado ilegal quando o agente o praticava com o objetivo de prejudicar outrem. Nesses casos, aplicava-se a vedação ao abuso do direito, negando-se validade ao ato em questão.⁶⁰

No Brasil, o legislador estabeleceu no art. 187 do Código Civil que “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”. Muito se discutiu sobre a natureza jurídica desse tipo de controle, uma vez que, embora se trate de ato realizado em conformidade com a lei, ao menos do ponto de vista estrutural, o referido dispositivo se encontra elencado no capítulo destinado aos atos ilícitos.⁶¹ Também foi objeto de debate a necessidade ou não de caracterização da culpa ou do dolo do agente para que eventual ato fosse considerado abusivo.⁶²

⁶⁰ “O abuso de direito tem origem eminentemente jurisprudencial. Não contemplado pelo Código Napoleônico, a categoria do abuso surge, ao menos em sua versão moderna, como uma criação dos tribunais franceses, para impedir resultados iníquos derivados do exercício de direitos subjetivos, aos quais a dogmática liberal havia dado um caráter absoluto. Em sua concepção original, o ato abusivo identificava-se como o ato emulativo, ou seja, aquele praticado com o exclusivo intuito de causar dano a outrem. A noção de abuso de direito foi gradativamente se distanciando da noção de ato emulativo.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p.72-73).

⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Coord.). *Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos jurídicos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.3. T.2. p.111-115; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. p.341-342; CARPENA, Heloisa. O abuso do Direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil constitucional*. 2.ed.rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-380.

⁶² THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Coord.). *Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos jurídicos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.3. T.2. p.129-133.

Atualmente, defende-se que o abuso do direito é autônomo e não se confunde com o ato ilícito.⁶³ Para a sua caracterização não é necessária a verificação do ânimo do titular, não se levando em conta a intenção do agente de prejudicar a outra parte.⁶⁴

A corrente a qual se filia o presente estudo defende que a boa-fé objetiva é um instrumento de controle axiológico de determinado ato, funcionando como limitadora dos direitos subjetivos.⁶⁵ Seria a vedação, pelo próprio ordenamento, do exercício inadmissível de posição jurídica.⁶⁶ Na realidade, nega-se validade e eficácia a ato que, embora esteja em conformidade estrutural com a legislação, repercute de forma contrária aos valores pregados pelo ordenamento jurídico.

É no controle do exercício abusivo do direito que a doutrina encontra fundamento para as teorias dos atos próprios, que, de modo a preservar a confiança entre os contratantes e as legítimas expectativas decorrentes do negócio entabulado, exige que os mesmos guardem, durante todo o período da relação obrigacional, conduta uniforme.⁶⁷ Será abusivo, portanto, porque

⁶³ “No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo.” (CARPENA, Heloisa. O abuso do Direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil constitucional*. 2.ed.rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381).

⁶⁴ “Não foi feliz, todavia, o legislador de 2002, ao definir o abuso de direito como espécie de ato ilícito. A opção legislativa contraria a doutrina mais moderna do abuso de direito, que procura conferir-lhe papel autônomo na ciência jurídica. A ultrapassada concepção do abuso de direito como forma de ato ilícito, na prática, condicionava sua repressão à prova de culpa, noção quase inerente ao conceito tradicional de ilicitude. No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional. Além disso, a associação do abuso com o ilícito restringe as hipóteses de controle do ato abusivo à caracterização do ato ilícito, deixando escapar um sem-número de situações jurídicas em que, justamente por serem lícitas, exigem uma valoração funcional quanto ao seu exercício.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. p.342).

⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.58. V. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. p.340-342.

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.455-457.

⁶⁷ Podem-se citar como exemplos das vedações ao comportamento contraditório, o (i) *tu quoque*, comportamento inconsistente, contraditório com um anterior, do que resulte desequilíbrio entre os contratantes tratando-os de forma desigual; e o (ii) *venire contra factum proprium*, comportamento contraditório que importe quebra da

contrário à boa-fé, o ato que, embora aparentemente lícito, se revele contrário à expectativa ou à confiança geradas na outra parte.

Apesar de didaticamente divididas em três grandes categorias, as funções desempenhadas pela boa-fé objetiva no Direito das Obrigações, como adiantado acima, não comportam limites estanques. Pelo contrário, são categorias intimamente interligadas e interdependentes: são os deveres criados pela cláusula geral – que têm por objetivo permitir que o contrato atinja a função almejada pelas partes – que delinearão os comportamentos que podem ou não ser considerados abusivos em determinado caso concreto.

As funções desempenhadas pela boa-fé objetiva são de suma importância para o ordenamento jurídico e foram responsáveis por significativas transformações no Direito das Obrigações.

Entre as grandes modificações ocorridas, pode-se destacar aquela que incidiu sobre o próprio conceito – estático – de obrigação, que, segundo a tradição romana, levava em consideração apenas o crédito e o débito, passando a ser visto como um processo orientado, durante todo o tempo, pelo princípio da boa-fé objetiva, e dirigido ao adimplemento ou à satisfação dos interesses do credor.⁶⁸

Deixou-se para trás a análise meramente estrutural da obrigação contratada⁶⁹ e desviou-se a atenção para o atendimento efetivo da função que as partes esperam que determinado negócio

confiança e das legítimas expectativas criadas na outra parte. A vedação ao comportamento contraditório se aplica primordialmente a atos que não são originariamente vinculantes. Não é a proibição da incoerência por si só, mas a proibição de ruptura da confiança por meio da incoerência. Protege-se a legítima confiança de alguém, em consonância com a boa-fé. O comportamento contraditório será abusivo na medida em que, embora aparentemente lícito se torne inadmissível ou ilícito porque o seu exercício, quando comparado com o um comportamento anterior, afigura-se contrário à confiança despertada em outrem. Ver, por todos, SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

⁶⁸ SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.17. Segundo o autor, a obrigação é um “vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas.” (p.93).

⁶⁹ “É o formalismo que impede o reconhecimento do perfil funcional das relações jurídicas, por limitar a análise à estrutura teórica da obrigação, abstraindo de sua necessária ligação à realidade concreta. [...] A perspectiva funcional afasta o apego excessivo às formas conceituais e permite a adequada visualização dos interesses a serem tutelados e dos valores sociais a serem concretizados.” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.1, n.2, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em: 21 jul. 2017).

jurídico desempenho.⁷⁰ Diante do alargamento do objeto da obrigação⁷¹, adimplemento e inadimplemento – conceitos diretamente vinculados entre si – têm suas noções significativamente modificadas. O primeiro deixa de ser alcançado unicamente pelo cumprimento formal da prestação principal para tornar-se a “produção do resultado útil pretendido”.⁷² Conseqüentemente, também o descumprimento de determinada obrigação passa a estar diretamente ligado à prestação satisfativa⁷³, essa entendida como aquela que atende aos efeitos essenciais do negócio jurídico celebrado.⁷⁴

Em outras palavras: analisa-se a obrigação funcionalmente, levando-se em consideração os interesses legítimos das partes e os deveres constituídos para os contratantes durante todo o processo, com o objetivo de que os efeitos por eles buscados sejam verificados.

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.15, out./dez. 2007.

⁷¹ Segundo Aline de Miranda Valverde Terra, “a funcionalização do objeto da obrigação conduz à importante reavaliação do comportamento do devedor e, conseqüentemente, à alteração da estrutura do objeto obrigacional. A execução da prestação principal não é capaz de atender, por si só, ao interesse objetivo e concreto do credor. Sua satisfação pressupõe, igualmente, a observância dos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, a exigir não apenas que o devedor aja no sentido de executar a prestação principal, mas também, e com a mesma intensidade, que o devedor se comporte de acordo com tais outros deveres.” Ainda segundo a autora, “a funcionalização da relação obrigacional conduz ao alargamento do objeto da obrigação, que passa a ser estabelecido não apenas pela vontade das partes, mas também pela sistemática obrigacional”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.61 e 64).

⁷² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.82. No mesmo sentido, Judith Martins Costa afirma o “adimplemento como o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório ao escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil: do direito das obrigações*. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5. T.1. p.67).

⁷³ “O interesse do credor é o que se satisfaz quando se solve a dívida. Tal interesse é de importância, por exemplo, para se saber se foi satisfeito quando terceiro solveu a dívida, ou, no plano do direito pré-processual, para se responder à questão sobre se há, ou não, *in casu*, necessidade de tutela jurídica (Código Civil, art. 76; Código de Processo Civil, art. 2º e parágrafo único). Se o negócio jurídico versou sobre prestação que não poderia, de modo nenhum, ser de interesse do outorgado, crédito não surge. Não se há de pensar em *inexistência* do negócio jurídico, nem em *invalidade*. [...] Se o negócio jurídico produziu o crédito e a pretensão, mas, após a irradiação de efeitos, se extinguiu o interesse do credor, extingue-se o crédito e, pois, a pretensão” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações – obrigações e suas espécies*. Fontes e espécies de obrigações. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. T.22. p.61).

⁷⁴ V. SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.3-27, out./dez. 2007 e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.82.

No sistema dicotômico do inadimplemento no Brasil⁷⁵, o descumprimento por fato ou omissão imputável ao devedor poderá dar azo à mora ou ao inadimplemento absoluto, a depender da manutenção ou não da utilidade da prestação para o credor.

Tradicionalmente relacionado ao atraso da prestação, é importante frisar que o conceito de mora para o direito brasileiro, ao contrário de outros sistemas, engloba não apenas o aspecto temporal, mas também a forma e o lugar pactuados.⁷⁶

Por essa razão, a mora abarca não apenas a obrigação prestada fora do prazo contratualmente previsto, mas também aquela oferecida em lugar ou em forma diversos dos pactuados entre as partes. E mais, em razão da ampliação do objeto da obrigação, que passa a considerar não somente as obrigações previstas pelas partes mas também os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, que incidem independentemente da vontade das partes, a mora passa a abranger também qualquer violação a uma dessas obrigações.

Pouco importa se a violação foi de obrigação principal ou de obrigação que, *a priori*, poderia ser considerada como secundária. Também não possui relevância se o descumprimento versa sobre obrigação pactuada pelas partes ou se decorre da boa-fé objetiva. A visão

⁷⁵ Há quem defenda uma terceira modalidade de inadimplemento, a chamada violação positiva do contrato, instituto criado no início do século XX por Hermann Staub. Tal instituto visava suprir uma lacuna do BGB (Código Civil alemão), que era silente quanto às hipóteses em que o contrato era violado através de conduta positiva, não enquadrando-se nas previsões relativas ao inadimplemento absoluto ou mora. Assim, a violação positiva do contrato propunha a aplicação analógica do regime da mora para obtenção de uma tríplice solução: (i) indenização do dano das violações singulares mantendo o contrato; (ii) indenização geral pelo descumprimento do contrato, cessando sua execução; (iii) resolução do contrato. No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, questiona-se a necessidade de uma aplicação autônoma desse instituto, tendo em vista que essas situações já estariam tuteladas pelo conceito alargado de mora expresso no artigo 394 do CC, que além de atraso injustificado, também inclui a não realização da prestação no lugar e modo devidos. Sobre o tema, v.: KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.50, p.225-228, abr./jun. 2012. No entanto, “forçoso concluir que a tentativa de se adotar a violação positiva do contrato como terceira espécie de inadimplemento não se justifica, em definitivo, diante da riqueza da teoria do inadimplemento adotada pelo legislador nacional. Nem se diga que a teoria é importante para fundamentar o chamado inadimplemento antecipado – mais propriamente designado inadimplemento anterior ao termo. Mais uma vez, o ordenamento jurídico brasileiro já contempla a disciplina aplicável à hipótese, como se verá a seguir.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. A contemporânea teoria do inadimplemento: reflexões sobre a violação positiva do contrato, o inadimplemento antecipado e o adimplemento substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v.2. p.193-194).

⁷⁶ 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.”

estruturalista é deixada para trás para que se levem em conta as consequências que tal descumprimento enseja na função que as partes buscaram dar ao contrato.⁷⁷

Haverá mora sempre que, descumprida a obrigação, ainda permanecer, para o credor, interesse útil no recebimento da prestação devida. Em hipóteses tais, caberá ao credor a indenização por perdas e danos.

No entanto, caso o descumprimento seja capaz de fulminar o interesse útil do credor na prestação devida, com o não atingimento da prestação satisfativa, estar-se-á diante de inadimplemento absoluto que, nos termos do art. 475 do Código Civil, faz nascer para o credor o direito à resolução contratual.

Tendo em vista que a extinção do vínculo é medida absolutamente contrária ao interesse inicial das partes e à função concreta que os contratantes pretendiam dar a determinado instrumento, a resolução é solução extrema e só será admitida quando a obrigação perder a sua utilidade para o credor.⁷⁸

Nas demais hipóteses de descumprimento, em que a prestação ainda seja possível e útil para o credor, pela conservação dos negócios jurídicos⁷⁹, mantém-se o vínculo contratual, com a verificação dos efeitos decorrentes da mora.

⁷⁷ Segundo Aline de Miranda Valverde Terra, “Para efeitos de adimplemento ou inadimplemento, pouco importa se o descumprimento foi de obrigação principal ou de deveres de conduta. O que importa é o que a falta do cumprimento daquele dever representa para o interesse útil do credor, para o resultado programado. Deve-se atentar para “os efeitos que produzem sobre o interesse do credor na prestação, os quais dependem da função que cada qual exerce na concreta relação obrigacional”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.89).

⁷⁸ “A preferência por remédios que não promovam o rompimento do vínculo negocial foi expressamente manifestada pelo legislador brasileiro, que registrou, em diversas passagens do Código Civil de 2002, sua simpatia pela execução específica das obrigações (v.g., arts. 249, 251, 464). Bem mais que um instrumento a cargo das preferências do credor, como sugere a literalidade do art. 475, a execução específica deve ser vista como medida prioritária, a ser afastada somente naquelas hipóteses em que já reste comprometida a função concretamente desempenhada pela relação contratual. Com isto, o princípio da conservação dos contratos, que vem sendo invocado no Brasil de modo algo aleatório e meramente pontual, poderia adquirir um papel efetivo e abrangente no ordenamento pátrio, a revelar uma atuação global e sistemática em prol da manutenção dos negócios jurídicos.” (SCHREIBER, Anderson. *A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.25, out./dez. 2007).

⁷⁹ “O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente cada

É diante desse cenário significativamente modificado pela boa-fé objetiva que o Direito das Obrigações vai recepcionar a chamada teoria do adimplemento substancial, tendo por fundamento justamente a referida cláusula geral.⁸⁰

Desde antes mesmo da inclusão expressa da boa-fé objetiva no Código Civil⁸¹, defende-se que o instituto serviria como instrumento de verificação do merecimento de tutela do direito à resolução contratual⁸², afastando-o quando o seu exercício, por parte do credor, é abusivo.⁸³

negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico. Não fosse assim e esta permaneceria sendo sempre algo abstrato e irrealizado. Obviamente, não foi para isso que o ordenamento jurídico a criou. O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.66-67).

⁸⁰ Também com base na boa-fé objetiva, a doutrina e a jurisprudência tentam recepcionar institutos de outras ordens jurídicas. Anderson Schreiber defende que “institutos os mais diversos, derivados muitas vezes de bases dogmáticas e experiências jurídicas totalmente diferenciadas, têm encontrado na boa-fé objetiva o fundamento normativo único a permitir o seu acolhimento no direito brasileiro. E, neste sentido, especial relevância assumem aquelas figuras que se relacionam ao adimplemento das obrigações, noção que tem sofrido significativa transformação no processo de releitura do direito obrigacional.” (SCHREIBER, Anderson. *A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.8, out./dez. 2007).

⁸¹ Nesse sentido: “A aplicação da teoria do adimplemento substancial somente foi possível em virtude da teoria contratual surgida no Estado Social, em que os princípios da função social, do equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva ocupam papel de destaque, permitindo a flexibilização dos termos contratados pelas partes. O princípio da boa-fé objetiva é o grande fundamento utilizado para a aplicação da teoria do adimplemento substancial mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, quando não havia previsão legal expressa de tal princípio, encontrado apenas no Código de Defesa do Consumidor.” (BURLAMAQUI, Renata Junqueira. *A aplicação da teoria do adimplemento substancial no Brasil*. In: TOSTES, Sergio (Org.). *Temas da prática do direito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2011. p.150).

⁸² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.261.

⁸³ Nesse sentido: “Outra importante especificação da boa-fé objetiva nessa sua função de limitar o exercício de direitos subjetivos é encontrada na chamada teoria do adimplemento substancial.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.21). “A segunda principal função do princípio da boa-fé é limitadora: veda ou pune o exercício do direito subjetivo quando caracterizar abuso da posição jurídica. O exemplo mais significativo é o da proibição do exercício do direito de resolver o contrato por inadimplemento ou de suscitar a exceção de contrato não cumprido, quando o incumprimento é insignificante em relação ao contrato total. O princípio do adimplemento substancial, derivado da boa-fé, exclui a incidência da regra legal que permite a resolução quando não observada a integralidade do adimplemento.” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p.253). “Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida. Nesse campo tem a boa-fé objetiva particularíssima operatividade em matéria de resolução contratual, como já demonstrou Ruy Rosado de Aguiar Jr. em obra reiteradamente referida. No vasto campo do direito de resolução, a boa-fé como norma de inadmissibilidade do exercício de direitos que a contrariem mostra a sua face, por exemplo, nos casos de adimplemento substancial do contrato, hipótese que, não obstante ser há muito versada no direito comparado, notadamente o da common law, só agora ingressa no direito brasileiro por via judicial”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*.

Levando-se em conta, no entanto, as transformações ocorridas no Direito das Obrigações, a ampliação do conceito de mora e a impossibilidade de resolução contratual quando ainda persiste interesse útil do credor na prestação devida, acima expostas, ganhou corpo outra corrente, que, apesar de também fundamentar a teoria do adimplemento substancial na boa-fé objetiva, nega que a sua aplicação se dê com base no controle do exercício das situações jurídicas subjetivas.

Enquanto para parte da doutrina, é sobre o direito de resolver o contrato em casos de inadimplemento que se aplica a teoria do adimplemento substancial, como instrumento valorativo e investigativo de seu merecimento de tutela⁸⁴, para a segunda corrente, tendo em vista que o instituto incide em hipóteses em que a prestação ainda é possível e útil para o credor, trata-se o adimplemento substancial de mora, o que, por sua vez, afastaria a aplicação dos remédios decorrentes do inadimplemento absoluto, como a resolução contratual.⁸⁵

Em outras palavras: diante de inadimplemento que não abale o interesse útil do credor na satisfação da prestação, ainda que tardiamente, não nasce para a parte adimplente o direito de resolução do contrato, mas tão somente de ver-se indenizada pelo descumprimento. Por isso, não

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.457-458). “Assim, é também no exercício da sua função de limitar o exercício de direitos subjetivos em nome da preservação do sinalagma que a boa-fé serve como fundamento para a chamada teoria do adimplemento substancial. De acordo com essa teoria, ainda que a norma contratual ou legal preveja a rescisão do contrato, o fato de a prestação ter sido substancialmente satisfeita veda ao credor, de acordo com os ditames da boa-fé, o exercício do direito de rescisão.” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.237).

⁸⁴ Como exposto por Gabriel Furtado, “a extinção da relação obrigacional pela resolução do contrato não é o caminho desejado pelo direito das obrigações – ou, caso se queira, o seu curso natural – e, por isso, deve ser permitida apenas para os casos mais graves e incontornáveis. A pretensão de resolução contratual pelo credor deve passar por um cuidadoso processo de filtragem: muito embora a inexecução crie para a parte prejudicada o direito de resolução, seu exercício há de passar por uma análise de merecimento de tutela.” (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p.24).

⁸⁵ Segundo Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, “se o adimplemento corresponde ao comportamento do devedor que desatende a prestação devida sem comprometer o interesse do credor em recebê-la, sem impedir a consecução da função econômico-individual do contrato, há mora”. Nesse passo, segundo as autoras, tendo em vista que o direito à resolução só nasce em casos de inadimplemento absoluto, “não se faz necessário, em consequência, lançar mão do abuso do direito para vedar a resolução em caso de ‘mora de pouca importância’, porque a mora – qualquer mora – não autoriza a resolução, mas enseja apenas a execução específica ou pelo equivalente e eventual indenização por perdas e danos. De outro lado se somente o inadimplemento absoluto permite a resolução e se o abuso do direito encerra exercício ilegítimo de direito efetivamente atribuído pela ordem jurídica a seu titular, quando se afirma que é abusivo o direito de resolver a relação obrigacional em presença de adimplemento substancial, passa-se a mensagem de que houve inadimplemento absoluto, nasceu o direito de resolver, mas seu titular o exerceu de forma ilegítima”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.11, p.110, jan./mar. 2017).

se poderia falar de utilização do princípio da boa-fé objetiva como instrumento de vedação do exercício abusivo do direito à resolução, visto que esse direito sequer teria nascido para o credor.

O adimplemento substancial estaria fundado na boa-fé objetiva, não em seu papel de vedação ao direito resolutório, mas como instrumento para a verificação do interesse útil das partes no contrato.

A divergência entre as duas correntes parece estar justamente na apreciação do interesse útil do credor no caso concreto, tema notadamente árduo, que segue, até os dias de hoje, sendo objeto de estudos e debates doutrinários, e que será abordado de forma mais detida nos próximos capítulos.

Apesar da diferença dogmática entre as duas correntes, seja para aqueles que defendem tratar-se de vedação ao direito abusivo de resolução do contrato, seja para os filiados a posicionamento de que se trata, em realidade, de mora, tanto o fundamento axiológico – a boa-fé objetiva – quanto o resultado prático da aplicação da teoria do adimplemento substancial parecem ser os mesmos nas duas hipóteses.

Aplicando-se a boa-fé objetiva, afasta-se o direito à extinção do vínculo obrigacional, cabendo ao credor buscar a indenização que lhe é devida em razão do descumprimento, mudando apenas o instituto sobre o qual o exame dará: resolução contratual ou interesse útil.

Há, ainda, quem defenda que o adimplemento substancial estaria fundamentado não só na boa-fé objetiva, mas também na função social do contrato.⁸⁶ Embora seja frequente na jurisprudência a utilização dessa construção, não parece haver nenhuma explicação para tal.⁸⁷

⁸⁶ Nesse sentido, por exemplo, cite-se Jones Figueiredo Alves: “O adimplemento substancial insere-se dentre os princípios gerais dos contratos, como princípio inerente ao sistema normativo-contratual aberto, oferecido pelo novo Código Civil, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, estabelecidos pelos artigos 421 e 422 do Diploma Codificado. [...] Impende considerar, para uma eventual resolução do contrato, a relevância de significado do inadimplemento, cuja valoração seja determinante para a extinção do negócio jurídico, sob pena de não se resguardar a relevância social do contrato.” (ALVES, Jones Figueiredo. Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato. *Revista do Advogado*, v.28, n.98, p.130, jul. 2008).

⁸⁷ Carlos Nelson Konder chama a atenção para a utilização da função social de forma atécnic: “O receio que se colocou quanto à função social do contrato, em virtude da ausência de uma evolução histórica do conceito e, principalmente, na falta de balizas do constituinte e do legislador acerca de sua aplicação, foi a ameaça de certo autoritarismo judicial, de invasão estatal das relações intersubjetivas, através de um mecanismo de controle da autonomia. Era necessário evitar que a abertura da cláusula geral do art. 421 não implicasse uma fórmula vazia que franqueia tal julgamento ao mero arbítrio do juiz. Esse cenário deu origem a posições e decisões tímidas na aplicação do dispositivo, que se limitam a fazer uso da função social do contrato de forma apenas retórica, referindo-a em situações de tutela de interesses das partes, no mais das vezes já resguardados por outros institutos específicos. Assim, no que se convencionou chamar de uma eficácia interna ou normatividade endógena da função social do contrato, ela foi citada para fundamentar a proibição de contratos injustos ou

Os acórdãos que justificam a aplicação da teoria na função social do contrato não fazem análise mais detida sobre o assunto.⁸⁸

A função social do contrato, entendida como princípio que impõe às partes o dever de perseguir, além de seus interesses individuais, também aqueles extracontratuais socialmente relevantes que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos⁸⁹, não parece servir como fundamento do adimplemento substancial, uma vez que busca garantir a observância de preceitos e valores indispensáveis à comunidade, informados pela Constituição Federal, e não aqueles buscados pelas partes.⁹⁰

Tendo em vista que o adimplemento substancial, na realidade, busca manter determinada relação obrigacional levando em consideração os efeitos que as partes buscaram auferir com a realização de determinado negócio jurídico, mais adequado seria falar em função negocial ou

desequilibrados, em casos já resolvidos por institutos como a lesão, a onerosidade excessiva e a vedação de cláusulas abusivas. [...] É importante observar que na maior parte destas decisões a função social do contrato vem invocada junto com outros princípios, o que corrobora a constatação de que essa interpretação acaba esvaziando a função social de qualquer utilidade autônoma, de qualquer repercussão prática que já não seja atendida por outros meios. É curioso observar, por rápida consulta no sítio do STJ, que dos 100 acórdãos que fazem menção à função social do contrato desde que o Código de 2002 entrou em vigor, em 62 ela é citada junto com o princípio da boa-fé, em 3 junto com um “princípio de eticidade” e em 10 junto com a vedação ao enriquecimento sem causa. Isso sem contar as diversas vezes em que a função social do contrato é invocada apenas como fundamento axiológico de um outro instituto, que é o que se aplica diretamente ao caso, como a redução da cláusula penal e a proibição de cláusulas abusivas.” (KONDER, Carlos Nelson. Para além da principalização da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.13, p.48-49, jul./set. 2017).

⁸⁸ A título exemplificativo: *REsp 1.051.270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011; e *STJ, REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017. A crítica é corroborada por Carlos Nelson Konder: KONDER, Carlos Nelson. Para além da principalização da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.13, p.39-59, jul./set. 2017.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social do contrato*. p.5. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁹⁰ Sobre a utilização da função social como mecanismo de proteção contratual, Gustavo Tepedino já se manifestou alertando que “esta posição acaba por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se dar conta que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual. Em outras palavras, desvirtua a noção em exame a sua utilização instrumentalizada a interesses patrimoniais e individuais do contratante, por mais legítimos que estes possam parecer. A função social, em última análise, importa na imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato.” (TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social do contrato*. p.4. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos>. Acesso em: 20 set. 2017).

função econômico-individual do contrato⁹¹, já que a aplicação da teoria em determinado contrato, não constitui, por si só, interesse social.⁹²

Não se está a afirmar, com o fato de que a função social do contrato não sirva de fundamento para o adimplemento substancial, que o negócio jurídico sobre o qual incide a teoria não esteja submetido à consecução de interesses extracontratuais relevantes socialmente ou que o seu merecimento de tutela a eles não se submeta.⁹³

Também não se nega que, em determinadas situações, a manutenção ou a extinção de um contrato não possa ser justificada pela sua função social. A hipótese, no entanto, é excepcional, para os instrumentos que, de alguma forma considerados como essenciais, possam gerar efeitos e consequências para a sociedade como um todo.⁹⁴ Nesses casos, a conservação da relação obrigacional não terá por fundamento o adimplemento substancial, mas a consecução de determinado interesse extracontratual.

⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997. p.370.

⁹² “Ao lado do atendimento de sua função econômica, conferindo aos contratantes a utilidade que o ordenamento jurídico lhes atribui, o contrato deve promover interesses sociais merecedores de tutela que, de alguma forma, sejam afetados pela relação contratual, não os deixando sucumbir os contrários interesses das partes. A função social não se presta, portanto, à tutela dos interesses de qualquer dos contratantes, ainda que técnica ou economicamente mais fraco. Entendimento diverso amesquinhará a própria função social, ‘tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados’ por outros mecanismos. A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais. Por essa razão, descarta-se peremptoriamente, a função social como fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial, que se ocupa apenas dos interesses das partes contratantes.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.11, p.107, jan./mar. 2017).

⁹³ Nesse sentido: SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v.54, p.70, abr./jun. 2013.

⁹⁴ Carlos Nelson Konder cita como exemplos encontrados na jurisprudência e doutrina os contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, de seguro-saúde, de fornecimento de eletricidade, hipotecas e agrários. (KONDER, Carlos Nelson. Para além da principalização da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.13, p.56-57, jul./set. 2017).

Por fim, embora em menor escala, também se defende que o adimplemento substancial está fundamentado na vedação ao enriquecimento sem causa⁹⁵, que consiste, em linhas gerais, naquele que não encontra fundamento jurídico para sua existência.⁹⁶

Para os autores que defendem esse posicionamento, a resolução contratual, em hipóteses em que o adimplemento foi tão próximo do esperado, acarretaria no enriquecimento sem causa do credor.⁹⁷

Com todas as vênias ao referido entendimento, essa não parece ser a interpretação mais adequada, uma vez que a resolução contratual prevê que as partes voltem ao *status quo ante*, ou seja, nasce para ambos os contratantes, credor adimplente e devedor inadimplente, a obrigação de restituir o que foi recebido.⁹⁸ Em outras palavras, há fundamento legal para a restituição. Ainda que se possa considerar que a medida cause efeitos desproporcionais ao credor e ao devedor, não se pode falar em ausência de causa.

Por outro lado, se aplicada a teoria do adimplemento substancial de modo a afastar a resolução, persiste, para o credor, o direito à indenização por perdas e danos causados pelo descumprimento contratual, afastando, da mesma forma, qualquer tipo de enriquecimento sem causa por qualquer das partes.

⁹⁵ Ver, exemplificativamente, BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.62, nov. 1993; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016.

⁹⁶ Segundo Carlos Nelson Konder defende “ao direito não é admissível um acréscimo patrimonial às custas de outrem sem um fato idôneo a justificá-lo.” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.370).

⁹⁷ Seria o caso, por exemplo, da prestação de um serviço defeituoso. Em caso de resolução contratual, Anelise Becker entende que o retorno ao *status quo ante* importaria no enriquecimento ilícito do credor, que já teria recebido, ao menos parcela dos serviços, e teria de volta o valor pago. (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.60-77, nov. 1993).

⁹⁸ “A resolução contratual destrói a relação *ex tunc* e tem dois efeitos principais: libera credor e devedor das obrigações correspectivas e permite a restituição das prestações efetuadas. Além disso, oferece ao lesado oportunidade para ressarcir-se dos danos sofridos. [...] Sendo a resolução o desfazimento da relação obrigacional, por incumprimento de uma das partes, traz consigo a necessidade de reposição das circunstâncias assim como eram antes, razão pela qual não se pode colocar em dúvida a retroatividade dos efeitos do ato que resolve a relação, tirante os casos de obrigações com prestação duradoura, que somente se resolvem para o futuro (resilição).” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991. p.252).

1.2 Âmbito e efeitos da aplicação da teoria

O adimplemento substancial tem, sem dúvidas, sua aplicação mais significativa no campo da resolução contratual. O seu âmbito de incidência, no entanto, não está adstrito somente ao afastamento ou não da extinção e determinado contrato.⁹⁹ É possível aplicar a teoria também para modular outros remédios colocados em favor do credor em razão do inadimplemento.¹⁰⁰

Defende-se, por exemplo, que o adimplemento substancial pode ser aplicado a casos de exceção de contrato não cumprido.¹⁰¹

⁹⁹ “Com efeito, a importância do adimplemento substancial não está hoje tanto em impedir o exercício do direito extintivo do credor com base em um cumprimento que apenas formalmente pode ser tido como imperfeito – como revelam os casos mais pitorescos de não-pagamento da última prestação que povoam a jurisprudência do nosso Superior Tribunal de Justiça –, mas em permitir o controle judicial de legitimidade no remédio invocado para o inadimplemento, especialmente por meio do balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (e outras medidas semelhantes) para o devedor e eventuais terceiros e, de outro, os efeitos do seu não-exercício para o credor, que pode dispor de outros remédios muitas vezes menos gravosos para obter a tutela adequada do seu interesse. Não quer isto significar a prevalência do interesse do devedor sobre o interesse do credor ao cumprimento exato do avençado. Mesmo na acepção mais restritiva e formal do adimplemento substancial, não se deixa de reconhecer o descumprimento parcial, concedendo ao credor outros mecanismos de tutela, como o ressarcimento das perdas e danos ou a exigência de cumprimento do acordado; veda-se, tão-somente, a extinção do vínculo obrigacional, como remédio extremo contra o devedor”. (SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.22-23, out./dez. 2007).

¹⁰⁰ De acordo com Aline de Miranda Valverde Terra, essa virtude é, na realidade, a mais importante da teoria do adimplemento substancial: “Com efeito, o grande mérito do desenvolvimento da teoria foi ressaltar a necessidade de controlar a legitimidade de todos os instrumentos de tutela pleiteados pelo credor, a partir de um juízo de proporcionalidade: trata-se, em suma, de avaliar se o sacrifício imposto ao devedor pelo remédio requerido pelo credor é proporcional ao sacrifício do seu interesse causado pelo descumprimento da prestação satisfativa”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. A contemporânea teoria do inadimplemento: reflexões sobre a violação positiva do contrato, o inadimplemento antecipado e o adimplemento substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v.2. p.199).

¹⁰¹ V. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p.248. BUSSATA, Eduardo Luiz. *A resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.98-100. BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.70, nov. 1993. O STJ já se pronunciou sobre o tema no Recurso Especial n.º 1.215.289 e o Ministro Relator Sidnei Beneti defendeu que “verifica-se apenas uma incompatibilidade entre dois institutos, a exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial. No entanto, tais institutos coexistem perfeitamente, podendo ser identificados sem ofensa à segurança jurídica decorrente oriunda (sic) da autonomia privada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.215.289*. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgamento: 05/02/2013. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJE 21/02/2013, p.8).

Por força da regra prevista no art. 476 do Código Civil¹⁰², em contratos bilaterais, caso um dos contratantes exija do outro o cumprimento da obrigação sem que, no entanto, tenha implementado a sua, pode a parte interpelada se negar a prestá-la até que seja cumprida a contraprestação, funcionando, a exceção, como uma causa impeditiva da exigibilidade da prestação.^{103,104}

Para que a exceção de contrato não cumprido seja cabível é necessário que sejam observadas as seguintes circunstâncias: a prestação não cumprida deve ser exigível e correspondente daquela cujo adimplemento se visa suspender temporariamente, e ambas as obrigações devem ser simultâneas.¹⁰⁵

¹⁰² Art. 476. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

¹⁰³ “Significa que, num contrato bilateral, se uma das partes exigir da outra o cumprimento da prestação sem ter cumprido a sua, pode esta opor em sua defesa o não cumprimento pelo reclamante, deixando de prestar a sua enquanto o outro não o fizer. Trata-se, pois, de uma causa impeditiva da exigibilidade da prestação, sendo esta exigibilidade diferida para o momento em que a prestação do reclamante for cumprida. Até esse momento dá-se uma espécie de paralisação da exigibilidade da prestação reclamada”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.124).

¹⁰⁴ « *L'exception d'inexécution est un mécanisme ancien, qui trouve semble-t-il ses origines dans le droit romain, quoiqu'il ne l'ait pas systématisé.* » Tradução livre: “A exceção de contrato não cumprido é um mecanismo antigo, cujas raízes parecem ser do direito romano, apesar de este não ter promovido sua sistematização.” (HOUTCIEFF, Dimitri. *Droit des Contrats*. 2.ed. Bruxelles: Larcier, 2016. p.485). V. tb.: “*L'exception d'inexécution est ainsi une conséquence du principe de l'exécution 'traite pour traite', qui prédomine dans les contrats synallagmatiques lorsque le législateur, ou les parties, n'ont pas assigné un ordre d'exécution aux différentes prestations. Il va en effet de soi que lorsque la prestation d'une des parties est affectée d'un terme, le cocontractant dont l'obligation est, par hypothèse, pure et simple, ne peut mettre en œuvre l'exception d'inexécution.* » Tradução livre: “A exceção de contrato não cumprido é, assim, uma consequência do princípio *traite pour traite*, que predomina no contratos sinalagmáticos, quando o legislador ou as partes não assinalaram uma ordem de execução às diferentes prestações. É evidente que quando a prestação de uma das partes depende de um termo, a contraparte cuja obrigação é, por exemplo, pura e simples, não pode se valer da exceção de contrato não cumprido.” (CHANTEPIE, Gael; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz, 2016. p.541).

¹⁰⁵ Segundo Gael Chantepie, para que a parte possa se valer da exceção, a prestação não cumprida tem que ser recíproca e interdependente da que ele deve cumprir: “*pour qu'une partie puisse valablement refuser d'exécuter sa prestation, encore faut-il que l'obligation réciproque inexécutée soit interdépendante. C'est ce qui explique par exemple que, dans un bail, le locataire ne puisse pas refuser de payer son loyer en cas de manquement du bailleur à son obligation d'entretien, le loyer étant en lien d'interdépendance avec la jouissance paisible due par le bailleur.* » Tradução livre: “para que uma parte possa validamente se recusar a executar sua prestação, é necessário que a obrigação recíproca não cumprida seja dessa interdependente. É isso que explica, por exemplo, em um contrato de locação, que o locatário não possa se recusar a pagar o aluguel em caso de descumprimento do locador de sua obrigação de manutenção, tendo o pagamento uma ligação de interdependência com a fruição pacífica do imóvel.” (CHANTEPIE, Gael; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz,

O adimplemento substancial serviria, portanto, para modular os efeitos do referido dispositivo, evitando que o contratante dele se valha em casos em que o descumprimento de determinada obrigação seja de escassa importância. O instituto agiria, novamente, como um mecanismo de verificação da abusividade do exercício do direito do credor de opor a seu contratante a exceção, verificando, no caso concreto a proporcionalidade entre o inadimplemento incorrido pelo devedor e a suspensão do contrato, mantendo o equilíbrio da relação obrigacional.¹⁰⁶

A aplicação da teoria do adimplemento substancial em casos de exceção do contrato não cumprido foi codificada no Direito Francês com a reforma do Direito das Obrigações no Código Civil ao introduzir, no dispositivo que trata do referido instituto¹⁰⁷, a necessidade de que o inadimplemento seja suficientemente grave, alinhando as condições da *exceptio* com as da resolução contratual.^{108,109}

2016. p.542). No mesmo sentido, no Brasil, ver, por todos: THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide., 1993. p.101-127.

¹⁰⁶ Eduardo Luiz Bussata defende que “a teoria em foco se aplica na hipótese da *exceptio non rite adimpleti contractus*, razão pela qual o julgador deverá valorar a gravidade do descumprimento ocorrido, só permitindo que a exceção paralise a pretensão posta quando este for grave, relevante para a economia contratual.” (BUSSATA, Eduardo Luiz. *A resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.101).

¹⁰⁷ “Art. 1219. Une partie peut refuser d’exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l’autre n’exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.” Tradução livre: A parte pode recusar-se a executar sua obrigação, mesmo quando ela é exigível, se a outra não executa a sua e se essa inexecução é suficientemente grave.

¹⁰⁸ Essa escolha do legislador foi criticada por parte da doutrina. Gael Chantepie, por exemplo, defende que esse aspecto retira do credor o seu instrumento de pressão sobre o devedor para exigir-lhe o cumprimento tornando o instituto inócuo. (CHANTEPIE, Gael; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz, 2016. p.543). Diante desse cenário há quem defenda que a gravidade nos casos de exceção do contrato não cumprido não deve ser interpretada de maneira tão severa quanto a que dá azo à resolução contratual: “Faciliter le jeu de l’exception d’inexécution, c’est renforcer la fonction de contrainte et donc favoriser l’exécution en nature des obligations à laquelle la réforme est attachée. C’est pourquoi le caractère ‘suffisamment grave’ ne doit pas être interprété trop sévèrement afin de ne pas enserrer l’exception d’inexécution dans d’étroites limites» Tradução livre: “Facilitar o emprego da exceção de contrato não cumprido significa reforçar a função de coerção e, portanto, favorecer a execução *in natura* das obrigações às quais a reforma está ligada. É por isso que o caráter ‘suficientemente grave’ não deve ser interpretado muito severamente a fim de não engessar a exceção do contrato não cumprido em limites estreitos” (DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Paris: LexisNexis, 2016. p.480).

¹⁰⁹ De acordo com Dimitri Houticief, « la gravité de l’inexécution est le cas échéant appréciée a posteriori par le juge du fond devant que la mise en oeuvre de l’exception d’inexécution est contestée. Cette condition s’explique par l’équilibre nécessaire entre l’obligation suspendue et l’obligation inexécutée. Elle se fonde en outre sur la bonne foi contractuelle au coeur du mécanisme de l’exception d’inexécution: la suspension de l’exécution ne serait pas légitime si l’obligation inexécutée était de médiocre importance. » Tradução livre: “A gravidade da inexecução é apreciada *a posteriori* pelo juiz, se a exceção do contrato não cumprido for

Outra hipótese de aplicação da teoria do adimplemento substancial é a modulação dos efeitos da responsabilidade do devedor pelos prejuízos decorrentes da mora. Extrai-se do art. 399 do Código Civil¹¹⁰ que o devedor em mora responde pela impossibilidade do cumprimento da prestação mesmo quando ela decorra de caso fortuito ou força maior.¹¹¹

Embora se reconheça a importância do estudo da aplicação do adimplemento substancial em diversas hipóteses, este trabalho, em razão da peculiaridade de cada um dos remédios decorrentes do descumprimento contratual, se deterá somente sobre o exercício do direito à resolução por incumprimento defeituoso do devedor.

Com efeito, como se viu acima, descumprida obrigação, está-se diante de mora ou, caso fulminado o interesse útil do credor, de inadimplemento absoluto, hipótese em que nascerá o direito de resolver o contrato.

Ocorre que, verificado, no caso concreto, que o adimplemento, ainda que defeituoso, é substancial, incide sobre a hipótese a teoria e afasta-se a extinção do contrato.

Ponto de extrema importância e que deve ser ressaltado é o que trata dos efeitos da aplicação da teoria do adimplemento substancial. Apesar de impedir que o credor ponha fim à relação contratual, todos os demais efeitos decorrentes do inadimplemento permanecem, o que importa dizer que o crédito da parte adimplente não desaparece.

O direito do credor de exigir a execução da prestação descumprida, além da indenização por perdas e danos, não é extinto pelo adimplemento substancial. Apenas a resolução contratual é afastada.

contestada. A condição [gravidade da inexecução] se explica pelo equilíbrio necessário entre a obrigação suspensa e a obrigação descumprida. Ela tem fundamento na boa fé contratual como essência da exceção do contrato não cumprido: a suspensão da execução não será legítima se a obrigação descumprida for de escassa importância.” (HOUTCIEFF, Dimitri. *Droit des Contrats*. 2.ed. Bruxelles: Larcier, 2016. p.488).

¹¹⁰ Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

¹¹¹ Diante de adimplemento substancial da prestação, indaga-se se poderia ser afastada – ou mesmo reduzida – a obrigação do devedor em mora de indenizar o credor pelos danos causados em hipóteses de caso fortuito ou força maior. Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes defendem que sim. O exemplo trazido pelas autoras é o de uma empreiteira que, responsável pela construção de uma casa, a entrega, mas sem as maçanetas das portas. Segundo as autoras, não seria razoável atribuir ao devedor em mora a responsabilidade por eventuais danos que sobreviessem ao imóvel, não ligados à mora incorrida, uma vez que o seu descumprimento seria irrelevante. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.11, p.104, jan./mar. 2017).

Importante remarcar, portanto, que não se trata de um perdão da dívida ou de um incentivo a devedores inadimplentes. Mantém-se o vínculo contratual, resguardados os direitos do credor de exigir do devedor, além da prestação devida, os valores equivalentes aos prejuízos decorrentes do descumprimento contratual a que deu causa o contratante inadimplente.

2 ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS USUALMENTE ADOTADOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

2.1 As dificuldades na aferição do adimplemento substancial no caso concreto: ausência de parâmetros legais, diversidade contratual e particularidades do caso concreto. O importante papel da doutrina e da jurisprudência na construção da teoria do adimplemento substancial

A análise funcional do caso concreto é essencial para a correta aplicação do direito às hipóteses levadas a julgamento.¹¹² No exame do adimplemento substancial a situação não é

¹¹² Nesse sentido, destaque-se a lição de Gustavo Tepedino: “O papel do magistrado, diante do poder criador que lhe foi conferido pela técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, não é de estabelecer os limites que julgue razoáveis para uma intervenção externa do Estado-Juiz nos espaços de liberdade privada; é, ao contrário, o de identificar a função das situações jurídicas subjetivas, e os deveres daí decorrentes para os seus titulares, interpretando-as de acordo com a tábua constitucional de valores. O aspecto funcional das categorias jurídicas não equivale a uma restrição externa imposta pelo Estado, mas lhes é interno e imanente; o elemento funcional, informado, em última análise, pela Constituição da república, define a disciplina do caso concreto e altera estruturalmente todos os institutos de direito privado. A tarefa do intérprete ganha, pois, nova legitimidade, instado a desvendar os deveres oriundos desse comprometimento interno e funcional dos institutos de direito civil na tutela de bens jurídicos socialmente relevantes.” (TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do novo código civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. T.2. p.385).

diferente e pode-se defender, inclusive, que a atuação do julgador na verificação da incidência ou não da teoria é ainda mais importante.^{113,114}

Diante da ausência de dispositivo legal que regule o instituto, de conceitos que definam o que é o adimplemento substancial – ou, ainda, um inadimplemento suficientemente grave –, da diversidade contratual à qual se aplica a teoria, das peculiaridades fáticas de cada caso concreto, cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de identificar limites e parâmetros que possam auxiliar não só os julgadores, quando do seu emprego prático em hipóteses litigiosas, mas também aqueles

¹¹³ O papel dos magistrados é fundamental diante da necessidade da criação de parâmetros que possam guiar as futuras aplicações do adimplemento substancial: « *Bien que la réforme limite les occasions d'intervention du juge dans le contrat, la mise en œuvre des 'nouveaux mécanismes' va nécessairement accroître, au moins dans un premier temps, le rôle du juge qui devra en préciser les contours et le régime. Les nouveaux textes font par ailleurs abondamment référence à des nouveaux standards qui appellent une définition judiciaire en cas de litige. Ainsi la réforme du droit des contrats évoque-t-elle la bonne foi, le délai raisonnable, la personne raisonnable, le cout raisonnable ainsi que le manifeste, l'excessif, l'abusif, l'anormal et le suffisamment grave ... Autant de standards et de qualificatifs dont l'appréciation sera par nature malléable, en fonction des cas d'espèce, et donc source d'une insécurité juridique qui ne manquera pas d'alimenter un nouveau contentieux risquant d'être laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond.* » Tradução livre: “Ainda que a reforma limite as ocasiões de intervenção do juiz no contrato, a colocação em prática dos novos mecanismos vai necessariamente aumentar, pelo menos em um primeiro momento, o papel do juiz, que deverá precisar os contornos e o regime. Os novos dispositivos fazem abundantemente frequência a novos standards que necessitam de uma definição do judiciário em caso de litígio. A reforma do direito dos contratos invoca a boa-fé, o prazo razoável, a pessoa razoável, o custo razoável, como também o excessivo, o abusivo, o anormal e o suficientemente grave. Diante de tantos standards e de qualificativos cuja apreciação será, por natureza, maleável em função do caso concreto e, portanto, fonte de insegurança jurídica, haverá um novo contencioso que poderá ser colocado sob a apreciação soberana dos magistrados.” (CHATAIN, Antoine; LATASTE, Stéphane. *Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats. Gazette du Palais*, Édition Normale, n.41, p.3230, 22 nov. 2016).

¹¹⁴ A importância do papel do intérprete no campo da resolução contratual, sobretudo no que toca à caracterização do inadimplemento suficientemente grave é de tal monta no Direito Francês que Thomas Genicon, em obra que trata exclusivamente sobre o tema, propõe uma análise dos critérios de aferição da gravidade do descumprimento a partir da ótica dos magistrados. (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.307).

que, diariamente, contratam e negociam, assegurando-lhes uma maior previsibilidade. O assunto não passou despercebido pela doutrina¹¹⁵; tampouco pelos Tribunais brasileiros.¹¹⁶

Com efeito, por não haver no ordenamento jurídico brasileiro parâmetro legal expresso que indique quando determinado adimplemento será substancial a ponto de impedir que o credor exerça o seu direito de resolver o contrato por inadimplemento, caberá ao juiz, diante das particularidades da hipótese a ele submetida, decidir por sua aplicação ou afastamento.¹¹⁷

Ocorre que a teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada indistintamente. A despeito do que já restou consignado em julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, que, por diversas vezes afirmou a necessidade de aferição dos critérios quantitativos e

¹¹⁵ Nesse sentido, Anderson Schreiber: “o atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte técnico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa”. (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.19, out./dez. 2007). A relevância do estudo da importância do inadimplemento também foi ressaltada, no direito estrangeiro, por Paolo Cendon ao se manifestar sobre o art. 1455 do Código Civil Italiano: “*Si tratta di una norma che illumina l'intera materia della risoluzione per inadempimento, stabilendo, seppure in maniera un poco vaga, la necessità di connotati particolari dell'inadempimento utile allo scioglimento del vincolo contrattuale. Con ciò, il Legislatore ha ribadito quale sia l'ambito funzionale dell'istituto, ossia la tutela del sinallagma: soltanto un inadempimento così grave da ledere significativamente questo rapporto di reciprocità può portare alla risoluzione del contratto; se tale gravità non si riscontra, non vi è pregiudizio per il legame tra le prestazioni e conseguentemente non sussiste ragione per sciogliere l'intero rapporto contrattuale.*” Tradução livre: “Trata-se de uma norma que ilumina toda a matéria da resolução pelo inadimplemento, estabelecendo, ainda que de forma um pouco vaga, a necessidade de conhecer as particularidades do inadimplemento apto a desfazer o vínculo contratual. Com isso, o Legislador reafirmou qual o âmbito funcional do instituto, ou seja, a tutela do sinalagma: apenas um inadimplemento tão grave capaz de afetar significativamente esta relação de reciprocidade, pode levar à resolução do contrato; se tal gravidade não se verificar, não há prejuízo para o vínculo entre as prestações e, consequentemente, não subsiste razão para o desfazimento de toda a relação contratual.” (CENDON, Paolo. *Commentario al codice civile*. Milano: Giuffrè, 2010. p.1611).

¹¹⁶ *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016; *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017.

¹¹⁷ Nesse sentido, Anelise Becker defende que “não existe fórmula fixa para determinar o que seja o adimplemento substancial de um contrato. Cabe ao julgador, face às circunstâncias do caso concreto, pesar a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação dos interesses do credor. Isso implica em um alargamento dos limites do poder judicial na apreciação do caso concreto, o que, por sua vez, pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico-subsuntivo pelo da concreção”. (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.63, nov. 1993).

qualitativos para a verificação da aplicação da teoria ao caso concreto¹¹⁸, entendimento esse que foi, inclusive, objeto de enunciado da Jornada de Direito Civil¹¹⁹, a análise das decisões judiciais demonstra que, na grande maioria dos casos, o único critério utilizado pelos julgadores é o quantitativo.

Além de ignorar fatores de extrema importância para a aferição do cumprimento essencial da obrigação – tais como a função da obrigação contratada, o interesse útil do credor, o comportamento das partes, a importância da obrigação inadimplida e as consequências advindas dos remédios aplicáveis –, a jurisprudência se mostra extremamente díspar na aplicação do critério quantitativo: não há uniformidade sequer no percentual do contrato que, uma vez adimplido, caracterizaria o seu adimplemento substancial.

A dificuldade em traçar parâmetros para a verificação ou não da substancialidade do adimplemento não é um problema apenas do direito brasileiro. Por tratar-se de conceito aberto, aplicável a uma considerável variedade de espécies contratuais, também ordenamentos estrangeiros, entre os quais destaca-se o francês, encontram dificuldades para encontrar balizas que norteiem os julgadores na aplicação da teoria ao caso concreto.¹²⁰

¹¹⁸ *REsp 1.051.270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011; *REsp 1.215.289*. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgamento: 05/02/2013. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 21/02/2013; *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016.

¹¹⁹ Enunciado 586 da Jornada de Direito Civil: “Para a caracterização do adimplemento substancial (tal como reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil – CJP), levam-se em conta tanto os aspectos quantitativos como qualitativos”.

¹²⁰ Nesse sentido: « *Le gros du contentieux de la résolution porte naturellement sur la détermination du seuil de gravité de nature à justifier cette mesure. A cet égard, la stipulation d'une clause résolutoire présente un avantage certain : le juge, en principe, est lié par la définition des fautes arrêtée par les parties. Mais lorsqu'une telle clause n'existe pas ? Comme appréhender la faute 'suffisamment grave' de l'article 1224 ? Aucune indication est fournie. Le projet Terré, lui, proposait un guide : 'l'inexécution est grave lorsqu'elle porte sur une obligation dont la stricte observation est de l'essence du contrat. Il en va même lorsqu'elle prive substantiellement le créancier de ce qu'il pouvait légitimement attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas pu prévoir que l'inexécution aurait un tel résultat. L'inexécution intentionnelle est toujours considérée comme grave lorsqu'elle fait présumer que le débiteur n'exécutera pas dans le futur* » Tradução livre: “A maior parte do contencioso da resolução diz respeito à determinação do nível da gravidade do inadimplemento que justifica essa medida. Sob esse aspecto, a estipulação de uma cláusula resolutiva apresenta certa vantagem: o juiz, a princípio, está vinculado pela definição de violação definida pelas partes. No entanto, e quando essa cláusula não existe? Como saber se o inadimplemento é suficientemente grave na esteira do artigo 1.224? Não há nenhum parâmetro estabelecido. O projeto Terré propunha um guia: ‘o inadimplemento é grave quando versa sobre obrigação cuja estrita observância é da essência do contrato. Também o é quando o credor é substancialmente privado do que ele poderia legitimamente esperar do contrato, a menos que o devedor não pudesse ter previsto que o inadimplemento teria aquele resultado. O inadimplemento intencional é sempre considerado grave já que se supõe que o devedor não executará sua

Essa situação é preocupante, quer porque em determinados casos as Cortes acabam flexibilizando sobremaneira a aplicação do adimplemento substancial e proferem decisões “condescendentes” com o inadimplemento do devedor, quer porque em outras hipóteses o julgamento é tão rígido que acaba por ratificar a resolução abusiva e extremamente gravosa ao devedor.

Diante desse cenário, para que o adimplemento substancial não se torne, sobretudo na jurisprudência, apenas uma expressão decorativa desprovida de real significado¹²¹, faz-se necessária a sistematização de pressupostos de configuração, por meio de exame técnico, que permita aos julgadores uma aplicação adequada do instituto.¹²²

obrigação futuro”. (DISSAUX, Nicolas; JAMIN, Christophe. *Projet de réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*. Paris: Dalloz, 2015).

¹²¹ Esse fenômeno ocorreu tanto com a boa-fé objetiva, quanto com a razoabilidade. A respeito da boa-fé objetiva, afirma Anderson Schreiber que “tem-se, assim, a construção de um cenário onde a aplicação da boa-fé objetiva vem sempre defendida, mas vai, gradativamente, adquirindo, na ausência de especificação de seu conteúdo, um papel puramente decorativo nas decisões judiciais” e que “ invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé objetiva acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que cientificamente lhe são próprios”, concluindo que “também a doutrina cede, vez por outra, à referida tentação, não apenas invocando a boa-fé objetiva em contextos impróprios, mas sobretudo renunciando à sua especificação técnica e científica”. (SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.318-320). Sobre a razoabilidade, confira-se a passagem de Gustavo Tepedino: “Assim como ocorreu com o princípio da boa-fé objetiva nos anos 90 do Século passado, a razoabilidade parece se apresentar ao magistrado como espécie de trunfo poderoso, destinado a solucionar aparentes impasses diante de colisões de interesses formalmente legítimos. Nesta esteira, bastaria rápida pesquisa jurisprudencial para verificar a diversidade de significados que têm sido atribuídos à razoabilidade, impedindo-se, assim, o controle racional acerca de sua utilização.” (TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeitão. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.8, p.6-8, abr./jun. 2016).

¹²² Como afirmou Anderson Schreiber, “o atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte técnico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa”. (SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.19, out./dez. 2007).

2.2 Os numerosos critérios de aferição do adimplemento substancial em casos de resolução contratual por inadimplemento

Não são poucos os estudiosos que já se debruçaram sobre o tema do adimplemento substancial. Como se disse no início deste estudo, no entanto, os mesmos problemas, apontados ainda em 1993¹²³, perduram até os dias de hoje: a dificuldade de aplicação de parâmetros concretos para aferição do adimplemento substancial acaba por gerar uma insegurança jurídica em razão das disparidades verificadas na análise realizada pelos julgadores nos casos concretos, normalmente baseada unicamente no critério quantitativo de importância da obrigação.

Diante desse cenário de incertezas, a doutrina vem buscando apresentar aos intérpretes critérios que facilitem a apreciação das hipóteses levadas a julgamento. Entre doutrina brasileira e estrangeira, são inúmeros os critérios apontados. No entanto, apesar da vasta gama de instrumentos de verificação da incidência do adimplemento substancial, o seu aproveitamento pelos julgados ainda se mostra tímido.

Como se teve a oportunidade de adiantar acima, institutos similares ao adimplemento substancial foram codificados em outros sistemas jurídicos de *civil law*, dos quais podem ser apontados, exemplificativamente, o Italiano e o Francês.

O Código Civil Italiano de 1865 não previa expressamente a necessidade de que o inadimplemento fosse suficientemente grave para ensejar a resolução do contrato. No entanto, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 1942, já se defendia a necessidade de um juízo acerca da proporcionalidade do remédio aplicável ao descumprimento em atenção à boa-fé

¹²³ Annelise Becker, em artigo que tratou do adimplemento substancial antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil já apontava para a dificuldade decorrente da ausência de critérios de aplicação da teoria no direito brasileiro. (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.60-77, nov. 1993).

contratual¹²⁴. Com a inserção do art. 1455¹²⁵, a gravidade do inadimplemento passou a ser o fundamento da demanda de resolução contratual.¹²⁶

Os parâmetros apontados pelo dispositivo – importância da obrigação e interesse do credor – são objeto de intensa discussão. Analisando-se a doutrina, verifica-se a presença de três correntes. A primeira delas defende o critério subjetivo de valoração da importância do inadimplemento¹²⁷; a segunda, o critério objetivo¹²⁸; e, por fim, a que parece ser a mais adotada atualmente, a terceira corrente defende a aplicação de ambos os critérios, subjetivo e objetivo, para a valoração da importância.^{129,130}

¹²⁴ Nesse sentido, NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.1.

¹²⁵ Art. 1.455 - *Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*. Tradução livre: O contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver de escassa importância, levando-se em conta o interesse da outra.

¹²⁶ NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.5; COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. p.137.

¹²⁷ COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. p.10; CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2014. p.1.600.

¹²⁸ COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. p.11; CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2014. p.1.600.

¹²⁹ “Una massima ultimamente recorrente afferma che la valutazione della “non scarsa importanza dell'inadempimento avuto riguardo all'interesse dell'altra parte” va “operata alla stregua di un duplice criterio”. Un criterio “soggettivo” è indicato nel “considerare il comportamento di entrambe le parti (un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra) che può, in relazione alla particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità nonostante la rilevanza della prestazione mancata o ritardata”; un altro “oggettivo” – che sarebbe poi quello cui ricorrere “in primo luogo” – nel “verificare che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto” non solo “in astratto, per la sua entità”, ma pure “in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente”. Tradução livre: Um entendimento atualmente recorrente afirma que a valoração da “não escassa importância do inadimplemento em relação ao interesse da outra parte” deve “ocorrer por meio de um critério duplice”. Um critério “subjetivo” consubstanciado em “considerar o comportamento de ambas as partes (um comportamento inimputável ou uma reparação tempestiva por uma das partes, um recíproco inadimplemento ou uma prolongada tolerância da outra) que pode, em relação à particularidade do caso, atenuar o juízo de gravidade, não obstante a relevância da prestação que falta ou em atraso”; um outro “objetivo” – que seria aquela que se deve recorrer em primeiro lugar – em “verificar que o inadimplemento incidiu em medida considerável na economia de toda a relação” não apenas “em abstrato, para a sua importância”, mas sim “em concreto, em relação ao prejuízo efetivamente causado ao outro contraente”. (GABRIELLI, Enrico. *Commentario del Codice Civile: Dei contratti in generale*. Torino: UETT Giuridica, 2011. p.429). No mesmo sentido, v. BERTINO, Lorenzo. *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2016. p.196-198.

¹³⁰ Decisão bastante citada pelos autores italianos é a de n.º 6367, proferida pela Corte de Cassação em 7 de junho de 1993: “Com esta sentença, a Suprema Corte estabelece que a gravidade do inadimplemento deve ser verificada com base em um critério relativo, capaz de permitir que se coordene a valoração do elemento

O critério subjetivo importa em investigar a importância do descumprimento à luz da vontade presumida das partes, que leva em consideração o comportamento de ambos os contratantes.¹³¹ O critério objetivo de aferição é, ao contrário, a valoração do inadimplemento com vistas às repercussões no equilíbrio das prestações, considerando-se a sua relação com o contrato como um todo.¹³² Busca manter o sinalagma contratual, o equilíbrio das prestações, tendo como norte a função do contrato.¹³³

A terceira corrente defende que para a análise da importância de determinado descumprimento devem ser levados em consideração os critérios subjetivo e objetivo. Para verificar, portanto, se determinado descumprimento é de escassa importância, a análise deve ser realizada com base em critérios objetivos e subjetivos: ganha relevo não só a importância da prestação descumprida, mas também o interesse do credor, tentando, no entanto, objetivar a referida noção, afastando-a da corrente voluntarista.

A verificação da gravidade de determinado inadimplemento deverá ser feita não somente com base na prestação descumprida, mas sim se levando em consideração a totalidade das prestações e, inclusive, a economia global do contrato, a fim de verificar no caso concreto se o inadimplemento alterou de forma notável o equilíbrio do negócio jurídico ou se priva de utilidade a prestação inadimplida.¹³⁴

objetivo da falta da prestação em relação à economia geral do negócio, com os elementos subjetivos, constituídos principalmente pelo comportamento da parte contrária e pelo interesse desta no exato adimplemento no prazo pactuado.” Tradução livre do original: “Con questa sentenza la Suprema Corte stabilisce che la gravità dell’inadempimento deve essere accertata sulla base di un criterio relativo, idoneo a consentire di coordinare la valutazione dell’elemento obiettivo della mancata prestazione nel quadro dell’economia generale del negozio, con gli elementi soggettivi, costituiti principalmente dal comportamento della controparte e dall’interesse di questa ad un esatto adempimento nel termine pattuito.” (CENDON, Paolo. *Commentario al codice civile*. Milano: Giuffrè, 2010. p.1612).

¹³¹ CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2014. p.1600; NAVARRETTA, Emanuela; ORESTANO, Andrea. *Dei Contratti in Generale*. Torino: UTET Giuridica, 2011. p.429.

¹³² “Ciò che emerge dunque è che il disposto dell’art. 1455 c.c., pone una regola di proporzionalità in virtù della quale la risoluzione del vincolo contrattuale è collegata unicamente all’inadempimento delle obbligazioni che abbiano una notevole rilevanza nell’economia del rapporto”. Tradução livre: “O que resulta, portanto, é que o disposto no art. 1.455 do CC traz uma regra de proporcionalidade em virtude da qual a resolução do vínculo contratual se relaciona unicamente ao inadimplemento das obrigações que tenham uma notável importância na economia da relação.” (PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000. p.61).

¹³³ COLLURA, Giorgio. *Importanza dell’inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. p.54.

¹³⁴ NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.8.

Para investigar o interesse do credor, Nanni defende que, em geral, exclui-se da análise a valoração pessoal da parte, dando-se relevo à valoração objetiva e concreta do interesse, manifestado seja no contrato, seja pelo comportamento dos contratantes durante a sua execução.^{135,136}

Segundo Psciotta, emerge do art. 1455 do Codice Civile uma regra de proporcionalidade entre a resolução contratual e o inadimplemento da obrigação que tem grande relevância na economia do contrato, sabendo-se que a gravidade não deve ser medida pelo caráter subjetivo, mas com relação ao critério objetivo, em que se verifica a turbacão do equilíbrio contratual e da causa do negócio jurídico.¹³⁷

O Direito Francês, por sua vez, não previa, no Código de Napoleão, nenhum dispositivo acerca da valoração de determinado inadimplemento que ensejasse ou não a resolução contratual. No entanto, assim como ocorreu no Brasil e na Itália, tanto a doutrina como os Tribunais franceses já aplicavam algo semelhante ao que aqui denominamos adimplemento substancial. Em obra que trata exclusivamente da resolução contratual por inexecução, Thomas Genicon faz análise

¹³⁵ NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.13.

¹³⁶ No mesmo sentido, Giuseppina Psciotta defende que *“l’interesse cui fa riferimento l’art. 1455 non può coincidere co quello astratto di ciascun contraente ad eseguire la prestazione tipica del contratto stesso. La tutela dell’interesse della parte non può, cioè, spingersi fino a comprendere l’idea di una valutazione soggettiva che il contraente faccia del suo stesso interesse. In tal caso si sconfinerebbe in situazioni difficilmente tutelabili, al di là di ogni ragionevole ipotesi di salvaguardia di obiettivi e intendimenti che il contraente si sia prefisso di realizzare con il rapporto contrattuale”*. Tradução livre: “O interesse a que se refere o art.1.455 não pode coincidir com aquele abstrato de qualquer contraente a cumprir a prestação típica do próprio contrato. A tutela do interesse da parte não pode consistir na ideia de uma valoração subjetiva que o contraente faça de seu próprio interesse. Nesse caso, estaria se penetrando em situações dificilmente tuteláveis, que estão além da razoabilidade de salvaguarda de objetivos e pretensões que o contraente se propôs a realizar com a relação contratual.” (PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffré, 2000. p.56).

¹³⁷ *“Ciò che emerge dunque è che il disposto dell’art. 1455 c.c. pone una regola di proporzionalità in virtù della quale la risoluzione del vincolo contrattuale è collegata unicamente all’inadempimento delle obbligazioni che abbiano una notevole rilevanza nell’economia del rapporto, ‘talché l’importanza dell’inadempimento non deve essere intesa in senso subiettivo, in relazione alla stima che la parte creditrice abbia potuto fare del proprio interesse violato, ma in senso obiettivo in relazione all’attitudine dell’inadempimento a turbare l’equilibrio contrattuale ed a reagire sulla causa del contrato e sul comune intento negoziale.”* Tradução livre: “O que resulta, portanto, é que o disposto no art. 1.455 do CC traz uma regra de proporcionalidade em virtude da qual a resolução do vínculo contratual se relaciona unicamente ao inadimplemento das obrigações que tenham uma notável importância na economia da relação, de modo que a importância do inadimplemento não deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à estimação que a parte credora poderia ter feito do próprio interesse violado, mas em sentido objetivo, em relação à aptidão do inadimplemento de abalar o equilíbrio contratual e a afetar a causa do contrato e a intenção negocial comum.” (PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffré, 2000. p.61). No mesmo sentido: CENDON, Paolo. *Commentario al codice civile*. Milano: Giuffré, 2010. p.1615-1617.

detida sobre o critério da importância do inadimplemento para a resolução do contrato¹³⁸ antes mesmo da entrada em vigor da reforma das obrigações, quando foi inserido no *Code Civil* dispositivo expresso nesse sentido.¹³⁹

Segundo o autor, a análise da jurisprudência francesa não apresenta definição do que seja o inadimplemento suficientemente grave, a ponto de ensejar a resolução do contrato, limitando-se a declarar o poder soberano dos magistrados para verificar, no caso concreto, a importância de determinado descumprimento.¹⁴⁰

A doutrina tampouco logrou êxito ao propor parâmetros para a sua verificação. Ao apresentar as definições da doutrina francesa, que, segundo ele, afiguram-se insuficientes para a aferição da gravidade do descumprimento, Thomas Genicon cita, primeiramente, a análise voluntarista, que defende que a importância deveria ser aferida de acordo com a intenção dos contratantes.¹⁴¹

Além de contestar o fato de que os negócios não podem estar ligados às circunstâncias psicológicas dos contratantes quando da formação do pacto¹⁴², adverte-se que durante a execução das obrigações as circunstâncias podem sofrer alterações, de modo que uma obrigação que a princípio não possuía grande relevância na relação obrigacional pode ser alçada à essencial, e vice-versa.¹⁴³

¹³⁸ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. 2007.

¹³⁹ A Ordonnance n.º 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, introduziu no Code Civil o art. 1224: “*La résolution résulte soit de l’application d’une clause résolutoire soit, en cas d’inexécution suffisamment grave, d’une notification du créancier au débiteur ou d’une décision de justice.* » Tradução livre: A resolução resulta da aplicação de uma cláusula resolutiva ou, em caso de um inadimplemento suficientemente grave, de uma notificação do credor ao devedor ou de uma decisão judicial.

¹⁴⁰ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.286.

¹⁴¹ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.289-290.

¹⁴² A crítica à análise voluntarista – que leva em conta seja a vontade real ou a vontade presumida das partes – também foi objeto de crítica dos autores Maurice Picard e André Prudhomme, que já apontavam a sua insuficiência e defendiam a utilização de critérios objetivos para a verificação do cabimento da resolução contratual. No mesmo sentido, PICARD, Maurice; PRUDHOMME, André. De la résolution judiciaire. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t.11, p.62-64, 1912.

¹⁴³ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.290.

O segundo critério apontado é a causa da obrigação: a inexecução de uma obrigação é suficientemente grave quando privar a obrigação da outra parte de causa.¹⁴⁴ Essa corrente foi recepcionada, ainda que com ressalvas.¹⁴⁵

Há, também, os que defendem que o inadimplemento grave seria o inadimplemento de obrigação principal ou essencial do contrato. Segundo essa corrente, somente a violação à obrigação fundamental teria o condão de causar a resolução do contrato. No caso de descumprimento de obrigações acessórias, a relação seria mantida. A crítica a esse posicionamento consiste exatamente na dificuldade de se distinguirem as obrigações essenciais das acessórias, uma vez que a relação contratual é dinâmica e as circunstâncias podem fazer com que o previsto inicialmente na celebração do instrumento se transforme durante o curso obrigacional.¹⁴⁶

Diante desse cenário, o autor propõe uma nova abordagem, mais pragmática, do inadimplemento contratual, na tentativa de traçar parâmetros que norteiem não só os magistrados, mas também as partes e os terceiros interessados em casos de extinção do vínculo contratual.

A proposta consiste na análise do inadimplemento sob a ótica do julgador¹⁴⁷ sob dois enfoques: o primeiro, referente à importância do descumprimento contratual e o segundo, à adequação da resolução. Em outras palavras: analisa-se a violação contratual e suas consequências sobre a relação obrigacional para, em seguida, verificar as consequências da extinção do pacto. Nesse passo, diante de um caso de inadimplemento, o intérprete verifica as consequências da inexecução e as consequências da resolução.¹⁴⁸

¹⁴⁴ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.290-291.

¹⁴⁵ Apesar de sua importância, defende-se que a análise realizada exclusivamente com base na causa seria incompleta, por remeter à corrente voluntarista. (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.291).

¹⁴⁶ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.292-293.

¹⁴⁷ Thomas Genicon entende que o papel da jurisprudência é tão importante na construção dos parâmetros de aferimento do inadimplemento suficientemente grave que, ao contrário do que se vê em outros países, inicia o seu trabalho de investigação sob a perspectiva do magistrado. Segundo o autor, a resolução, no direito francês, tem três funções que, na maior parte das vezes se sobrepõem e influenciam o intérprete no momento da decisão acerca da extinção do vínculo: a função econômica, a função de garantia – que consiste na proteção do credor, na medida em que visa assegurar ao credor o recebimento de sua indenização ou evitar que sofra prejuízos desproporcionais – e penal – que funciona como uma espécie de punição ao devedor inadimplente. (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.352-354).

¹⁴⁸ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.313.

O primeiro critério de avaliação do inadimplemento é a consequência dele decorrente sobre o contrato, verificando o desgaste causado sobre a relação obrigacional, seja sobre a economia do pacto, seja sobre os próprios contratantes.¹⁴⁹ Devem ser considerados os seguintes aspectos: (i) a comparação entre a parcela da obrigação executada e aquela inadimplida; (ii) a importância do prejuízo causado pelo inadimplemento; (iii) a possibilidade e a pertinência de uma execução futura; (iv) a natureza do contrato e a atividade das partes; e (v) a comprovada utilidade do contrato.¹⁵⁰

Além disso, para declarar extinto o vínculo obrigacional, a resolução deve ser oportuna.¹⁵¹ Isso quer dizer que o intérprete deverá ponderar se a resolução terá consequências consideravelmente graves para o devedor ou para terceiros.¹⁵²

Com a reforma do Direito das Obrigações, que entrou em vigor em 2016, incluiu-se no Código Civil Francês dispositivo expresso sobre esse assunto: o art. 1.224 prevê que apenas o inadimplemento suficientemente grave gera, para o credor, o direito à extinção do vínculo contratual.

Apesar da inovação legislativa, não foi introduzido no *Code Civil* nenhum parâmetro de aferição que guie o intérprete em sua avaliação acerca da gravidade de determinada violação contratual. A dificuldade encontrada pelos juristas antes da entrada em vigor da reforma, portanto, persiste nos dias atuais.

¹⁴⁹ “Pour obtenir la résolution du contrat, il faut d’abord convaincre le juge que le manquement, tel qu’il est, appelle la destruction du contrat. Concrètement, le juge évalue les conséquences de l’inexécution sur la relation contractuelle, soit à l’égard de l’opération économique que porte le pacte, soit à l’égard des contractants eux-mêmes. Il s’agit en quelque sorte de pendre la mesure des dégâts causés par le manquement. Ces dégâts peuvent être d’ordres très différents. L’inexécution a pu compromettre l’utilité même du contrat, elle a pu rompre le rapport de confiance des parties, elle a pu offenser la morale contractuelle, elle a pu causer un préjudice considérable au créancier. Autant de torts qui méritent une réaction appropriée. C’est lorsque le juge estimera que la destruction du pacte est le juste moyen de redresser ces torts qu’il envisagera la résolution. » Tradução livre: “Para obter a resolução contratual, é necessário convencer o juiz de que a violação exige o fim do contrato. Na prática, o juiz avalia as consequências do inadimplemento sobre a relação contratual, seja no que diz respeito à operação econômica que o contrato envolve, seja a respeito dos próprios contratantes. Trata-se de verificar a medida dos danos causados pela violação, que podem ser de três tipos diferentes. O inadimplemento pode comprometer a utilidade do contrato, romper a relação de confiança das partes, pode ofender a moral contratual, causar danos consideráveis ao credor. Cada violação merece um remédio adequado. Quando o juiz entender que o fim do contrato é o remédio justo para os prejuízos causados, será declarada a resolução.” (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.313).

¹⁵⁰ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.320.

¹⁵¹ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. 2007.

¹⁵² GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.371-372.

Antes de passar à apresentação dos critérios apontados pela doutrina brasileira, muitos deles inspirados nos sistemas estrangeiros, é interessante trazer à baila os parâmetros que a Convenção de Viena (CISG) e os Princípios do Unidroit estabeleceram para autorizar a resolução contratual.

Com o objetivo de limitar a utilização de remédios radicais como a resolução do contrato em casos de inadimplementos não fundamentais¹⁵³, a CISG prevê, em seus artigos 49 e 64, que o contrato só poderá ser resolvido em caso de violação fundamental do contrato. Em seu art. 25, tenta estabelecer os requisitos para a caracterização de tal descumprimento.¹⁵⁴ Somente poderá ser declarada a resolução do contrato se o inadimplemento for essencial, ou seja, se causar à outra parte um prejuízo tal a privá-la substancialmente do que tinha direito em razão do contrato, a menos

¹⁵³ “One of the main purposes of Article 25 CISG is to limit reliance upon radical remedies such as contract termination in the case of a non-fundamental breach. Thereby, the Convention ensures continued performance of the contract and prevents unnecessary costs such as those incurred in restitution and storage, and delay caused by associated disputes. Moreover, Article 25 prevents opportunistic behavior by a party aiming at avoiding contractual obligations by virtue of economic circumstances or the risk arising from price fluctuations.” Tradução livre: “Um dos principais objetivos do artigo 25 CISG é limitar a utilização de remédios radicais como a resolução contratual no caso de violação não essencial. Assim, a Convenção garante que a continuidade do contrato e previne gastos desnecessários como os relativos à restituição e armazenamento, além do atraso por conflitos. Além disso, o artigo 25 previne comportamentos oportunistas de parte que busca resolver obrigações contratuais em virtude de circunstâncias econômicas ou em razão do risco decorrente de flutuações de preços.” (BORJA, Ana Gerdau de. Instalment Contracts and fundamental breach in the CISG: a brazilian perspective. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Eds.). *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. The Hague, the Netherlands: Eleven, 2016. p.433-449. p.438). No mesmo sentido: “The actual function of this prerequisite is to filter breaches that are insignificant as regards the effect of the breach. This function of filtering insignificant breaches in determining whether the contract can rightfully be avoided or not must not be mistaken for the relevance of even immaterial discrepancies in the context of deciding whether the goods conform to the contract or not. What has some importance and, hence, constitutes a detriment if the aggrieved party did not get what it expected, is to be answered by looking at the very contract between the parties and the expectations thereunder, as well as the specific trade sector concerned.” Tradução livre: “A função atual dos pré-requisitos é filtrar violações cujos efeitos são insignificantes. Essa função de filtrar violações insignificantes, ao determinar quando o contrato pode legalmente ser resolvido ou não, não deve ser confundida com a relevância de discrepâncias imateriais no contexto de decidir quando os bens estão de acordo com o contrato ou não. O que tem alguma importância e, conseqüentemente, constitui um prejuízo caso a parte prejudicada não consiga o que esperava, deve ser respondido examinando o próprio contrato celebrado entre as partes e as suas expectativas, bem como o setor comercial específico em questão.” (LEISINGER, Benjamin K. *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*. Germany: Sellier European Law Publishers, 2007. p.39).

¹⁵⁴ Art. 25. A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.

que a parte inadimplente não tenha previsto tal resultado e que uma pessoa de mesma qualidade, posta nas mesmas circunstâncias, não pudesse prevêê-lo.¹⁵⁵

Considera-se que os critérios elencados pela CISG em seu artigo 25 possuem caráter subjetivo – a verificação de estar a parte inocente diante de um inadimplemento que a prive substancialmente de suas expectativas contratuais ou de o credor ainda manter interesse no cumprimento do contrato – e objetivo – a frustração das expectativas do credor está restringida àquelas que ele poderia ter diante do contratado.¹⁵⁶

Não há, na CISG, distinção entre cláusula principal ou acessória,¹⁵⁷ dispensando-se tratamento unitário a todas as obrigações, sejam elas decorrentes do contrato, da própria

¹⁵⁵ “O sentido e função da previsibilidade do prejuízo causado foram objeto de diversas mudanças durante a história da elaboração do art. 25 e são, portanto, incertos; particularmente os diferentes entendimentos da sua função relacionam-se à alocação do ônus da prova. A visão predominante na literatura é a de que a falta de previsibilidade e de conhecimento – relacionada, e isto deve ser certo, ao prejuízo causado pela violação do contrato e não à violação em si mesmo ou à sua justificativa – é um tipo de hipótese subjetiva de exoneração da parte inadimplente, ou impede a rescisão do contrato ou o pleito de entrega de mercadorias substitutivas. Outros autores consideram que o requisito de previsibilidade do art. 25 é um filtro adicional, ou, até mesmo, um tipo de limitador, comparado à regra de previsibilidade do art. 74, alínea 2. Na opinião do autor, as visões acima citadas estão incorretas. O conhecimento do promitente ou a previsibilidade do resultado esperado pelo promissário serão, na perspectiva correta, relevantes (somente) para interpretar e avaliar a importância da obrigação inadimplida e o seu significado para o promissário. O promissário somente poderá se basear em uma expectativa substantiva em virtude do contrato (artigo 25) se o seu parceiro contratual soubesse (ou uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias pudesse saber) que, ao assinar o contrato, tal expectativa particular seria criada. O que permanece desconhecido e imprevisível não pode ser legitimamente esperado e, portanto, não culminará em violação essencial do contrato.” (SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo, FRADERA, Vera; PEREIRA, Cesar A. Guimaraes. *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.537-538).

¹⁵⁶ “By this formulation, Art. 25 CISG lays down a mixed subjective-objective standard. It is subjective in that it is only decisive whether or not the innocent party – who in the context of this thesis would be the buyer – faces a substantial detriment and whether or not it is substantially deprived of its contractual expectations. The starting point, therefore, is whether the buyer has lost its interest in the performance of the contract. The standard is objective by the restriction that the buyer’s deprivation is only relevant insofar as the buyer was entitled to have such expectations under the contract at all.” Tradução livre: “Por meio dessa fórmula, o art. 25 da CISG apresenta uma mistura entre critérios de natureza subjetiva e objetiva. É subjetiva na medida em que [o inadimplemento será somente relevante] se a parte inocente – que, no contexto, em tese, seria o comprador – está ou não diante de detrimento substancial ou se é ou não substancialmente privada de suas legítimas expectativas. O ponto inicial, portanto, é se o comprador perde o seu interesse na execução do contrato. O *standart* é objetivo pela restrição de que tal privação do comprador somente será relevante se ele pudesse ter tais expectativas com base no contrato.” (LEISINGER, Benjamin K. *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*. Germany: Sellier European Law Publishers, 2007. p.25).

¹⁵⁷ “The CISG does not distinguish between breaches of primary and secondary obligations. In other words, violation of a secondary obligation may be considered fundamental. Hence, the breach itself has to be fundamental, not the character of a relevant obligation as such.” Tradução livre: “A CISG não distingue entre descumprimento de obrigações principais ou secundárias. Em outras palavras, o descumprimento de uma obrigação secundária pode ser considerado fundamental. Logo, o descumprimento, ele próprio, deve ser

Convenção ou, ainda, da boa-fé objetiva.¹⁵⁸ Diante do caso analisado, não de ser verificadas as circunstâncias fáticas e abstratas para que o intérprete, por meio de uma interpretação restritiva¹⁵⁹, possa estabelecer que um inadimplemento fundamental ocorreu.¹⁶⁰

fundamental, e não a natureza da obrigação descumprida.” (BORJA, Ana Gerdau de. *Instalment Contracts and fundamental breach in the CISG: a brazilian perspective*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Eds.). *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. The Hague, the Netherlands: Eleven, 2016. p.433-449. p.438). No mesmo sentido: “*En somme, d’après cet examen rapide, il semblerait que le test de la contravention essentielle soit plus centré sur l’effet de la contravention sur le contrat que sur la nature de l’obligation inexécutée. Pour notre part, nous n’estimons pas que la nature de l’obligation, sa qualité, jouent un rôle très important dans l’appréciation de la question de savoir si la contravention est ou non essentielle. Cela confirme notre hypothèse que même en présence d’un critère qui a subi l’épreuve d’une définition très laborieuse, l’appréciation des tribunaux demeure toujours une question de fait, de circonstances individuelles.* » Tradução livre: « Em suma, diante desse exame, parece que o exame da violação fundamental seja mais centrado sobre o efeito da violação sobre o contrato que sobre a natureza da obrigação descumprida. De nossa parte, não estimamos a natureza da obrigação, sua qualidade, tenha um papel muito importante na apreciação da essencialidade do inadimplemento. Isso confirma a hipótese de que mesmo em presença de um critério que vem sendo definido de forma trabalhosa, a apreciação dos tribunais decorre sempre de uma questão de fato, de circunstâncias individuais.” (SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d’obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000. p.255).

¹⁵⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. *Revista de Informação Legislativa*, v.31, n.121, p.214, 1994. Segundo o autor, “o disposto na alínea b dos arts. 49 e 64 conduz seguramente à ideia de que a inexecução da obrigação principal não é causa suficiente, só por si, para a extinção do contrato: da inexecução da obrigação de entregar, de aceitar ou de pagar a mercadoria, não resulta necessariamente uma violação fundamental: o contrato permanece, se a falta não ocasionar ‘um prejuízo tal que a parte fique privada substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar’, ou, como diz Larenz, ‘quando a prestação tardia já for economicamente diversa daquela esperada’. Assim, por exemplo, nos contratos com data fixa, depois da qual desaparece o interesse do credor, a mora já é quebra substancial; nos outros, nos quais a data serve apenas para fixar a época da exigibilidade da obrigação ou auxilia na orientação programática das partes, o simples incumprimento é insuficiente para resolver. As circunstâncias do contrato, a natureza da prestação e o interesse da parte revelarão, a cada caso, a substancialidade do incumprimento.” (p.215). No mesmo sentido: TIBURCIO, Carmen. Consequências do inadimplemento contratual na Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.37, p.167-168, abr./jun. 2013.

¹⁵⁹ “*The notion of fundamental breach under the CISG ought to be interpreted restrictively. The breach has to concern a fundamental aspect of the contract, resulting in loss of the transaction’s economic purpose which makes it unfeasible to keep the contract alive.*” Tradução livre: “A noção de inadimplemento fundamental na CISG deve ser interpretada restritivamente. O descumprimento deve se relacionar a aspecto fundamental do contrato, resultando em na perda do propósito econômico da transação que torna inviável manter o contrato vivo.” (BORJA, Ana Gerdau de. *Instalment Contracts and fundamental breach in the CISG: a brazilian perspective*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Eds.). *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. The Hague, the Netherlands: Eleven, 2016. p.436).

¹⁶⁰ “*The CISG goes away with the tendency to determine the availability of the remedy by an a priori distinction between terms of major and minor importance. Traditional distinctions between primary and secondary obligations, or between conditions and warranties, are thus rendered irrelevant. The focus is, instead, on whether the breach results in detriment that substantially deprives the aggrieved party of what he is entitled to expect under the contract.*” Tradução livre: “A CISG descarta a tendência de determinar o remédio cabível por uma distinção *a priori* entre as cláusulas de maior e menor importância. As distinções tradicionais entre obrigações primárias e secundárias, ou entre *conditions* e *warranties* são, portanto, irrelevantes. O foco é, ao contrário, se do descumprimento resulta um prejuízo que priva substancialmente a parte prejudicada daquilo que poderia esperar do contrato.” (STELLENBOSCH, Gerhard Lubbe. *Fundamental breach under the CISG: a*

A doutrina alerta, no entanto, que em razão dos conceitos abstratos utilizados¹⁶¹, a uniformidade da aplicação do dispositivo só será alcançada por meio do estudo de decisões proferidas, que darão concretude aos critérios elencados no artigo.¹⁶²

source of fundamentally divergent results. *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, v.68, p.446, Jahrgang 2004).

¹⁶¹ Interessante remarque sobre esse aspecto é trazido por Ana Gerdau de Borja, que afirma que os trabalhos preparatórios para a CISG mostram que o texto do artigo proposto foi objeto de significativos debates. Em particular, os países de *civil law* arguíram a necessidade de maior objetividade na definição do inadimplemento fundamental, enquanto os países de *common law* aprovaram o caráter relativamente subjetivo da proposição. Tradução livre de: “*The preparatory works to the CISG show that the text of the proposed provision on fundamental breach was subject to significant debate. In particular, civil law countries argued the need for greater objectivity in the definition of fundamental breach, while common law countries approved of the relatively subjective character of the draft provision.*” (BORJA, Ana Gerdau de. *Instalment Contracts and fundamental breach in the CISG: a brazilian perspective*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Eds.). *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. The Hague, the Netherlands: Eleven, 2016. p.433-449. p.438).

¹⁶² GREBLER, Eduardo. *Fundamental Breach of Contract Under the CISG: A Controversial Rule*. In: ANNUAL MEETING (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW), 2007, Washington. *Proceedings...* Washington, DC, 28-31Mar. 2007. v.101. p.412.

Sustenta-se que a medida da essencialidade de determinado inadimplemento se transportou da obrigação prometida em si mesma para a preservação do interesse da parte, este considerado como fator relevante para a permanência do contrato.¹⁶³

Já os Princípios do Unidroit regulam, em seu Capítulo 7, a inexecução dos contratos, e, mais especificamente, em sua seção 3, a extinção da obrigação. Segundo o referido sistema, apenas a inexecução não escusável e essencial gera, para a parte agravada, o direito de resolver o contrato, devendo-se, nos demais casos, manter-se a relação obrigacional.¹⁶⁴

O artigo 7.3.1(2) não define o que é a inexecução essencial, mas indica os critérios para a sua aferição no caso concreto. Segundo o referido dispositivo, caberá a resolução do contrato quando (i) o inadimplemento privar substancialmente o credor daquilo que legitimamente esperava do contrato, salvo se o devedor não previu ou não poderia razoavelmente prever tal resultado; (ii) o cumprimento estrito da obrigação for da essência do contrato; (iii) a inexecução for intencional ou temerária; (iv) a inexecução criar no credor a convicção de que não haverá cumprimento futuro da obrigação por parte do devedor; e (v) o devedor vir a sofrer, em caso de resolução, um prejuízo excessivo resultante da preparação ou da execução do contrato.¹⁶⁵

¹⁶³ Nesse sentido: “*The state of the law in many countries is therefore that there must exist a fundamental breach as a requisite for the termination of a sales contract, more so in an international one, indicating a trend that cannot be ignored in a context of globalized trade relations. The issue, then, is to find an appropriate answer to the question of what circumstances should be deemed to constitute a fundamental breach. The measure for the fundamentality of the breach has indeed been shifted from the promised obligation itself to the preservation of the expected interest of the aggrieved party, deemed to be the relevant factor for the existence of the contract. Thus, a circumstance that deprives in a substantial way such expected interest is the required and sufficient cause for the contract avoidance.*” Tradução livre: “A lei em vários países é no sentido de que deve existir uma violação fundamental como requisito para a resolução de um contrato de vendas, ainda mais quando o contrato é internacional, indicando uma tendência que não pode ser ignorada no cenário de relações globalizadas. A questão, é, portanto, encontrar resposta apropriada para a questão de que circunstâncias devem ser consideradas para constituir uma violação fundamental. A medida da fundamentalidade da violação se transferiu da obrigação prometida para a preservação do interesse da parte prejudicada, considerado como fator relevante para a existência do contrato. Consequentemente, a circunstância que retira substancialmente o interesse é necessária e causa suficiente para a extinção do contrato.” (GREBLER, Eduardo. *Fundamental Breach of Contract Under the CISG: A Controversial Rule*. In: ANNUAL MEETING (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW), 2007, Washington. *Proceedings...* Washington, DC, 28-31Mar. 2007. v.101. p.411).

¹⁶⁴ GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.371.

¹⁶⁵ GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.376.

Defende-se, no entanto, que os referidos critérios não são cumulativos para a aferição da incidência ou não da resolução contratual.¹⁶⁶

No Brasil, como se disse, a doutrina já se debruçou inúmeras vezes sobre o tema, tendo apresentado diversos critérios de aferição do adimplemento substancial.

O primeiro deles – e talvez o mais citado tanto pelos juristas quanto pelos aplicadores do Direito – é a insignificância do inadimplemento. O problema se apresenta exatamente quando se tenta conceituar, de forma objetiva, o que seria o chamado descumprimento de escassa importância.

Como já se teve a oportunidade de expor, o critério meramente quantitativo é insuficiente, uma vez que não leva em consideração a função almejada pelas partes na consecução de determinado negócio jurídico.

De acordo com Anelise Becker, o descumprimento insignificante restaria caracterizado quando o adimplemento, por tão próximo do almejado, não abala a reciprocidade ou o sinalagma das prestações correspectivas.¹⁶⁷ Segundo a autora, a análise da importância ou não de determinada violação contratual não deve ser feita isoladamente, mas sempre a relacionando ao contrato como um todo.^{168,169}

A satisfação do interesse do credor também é elencada como critério de grande relevância na aplicação do adimplemento substancial – e será detidamente abordada no capítulo subsequente.

Conceito de extrema importância, seja para identificar a configuração da mora ou do inadimplemento absoluto em determinado caso concreto, seja para aferir a incidência da teoria do adimplemento substancial, o interesse útil do credor – ou a utilidade da prestação – foi objeto

¹⁶⁶ Segundo Lauro Gama Jr. não é necessário que tais critérios sejam cumulativos, em sua totalidade, mas é indispensável que concorram, em certa medida para determinar à luz do caso concreto, se houve, ou não, inexecução essencial do contrato.” (GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.376-377).

¹⁶⁷ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.63, nov. 1993.

¹⁶⁸ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.63-64, nov. 1993.

¹⁶⁹ BUSSATA, Eduardo Luiz. *A resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.106-109.

de variados estudos.¹⁷⁰ A doutrina não parece, no entanto, ter chegado a um consenso a respeito de seu conteúdo, apresentado diversos critérios que auxiliam a sua aferição. A título exemplificativo, seriam eles: (i) adequação temporal e espacial da prestação; (ii) importância do inadimplemento; (iii) comportamento dos contratantes; (iv) manutenção do sinalagma funcional^{171,172}; (v) boa-fé contratual; e (vi) economia do contrato.¹⁷³

¹⁷⁰ Ver, por todos, FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁷¹ “O vínculo que, segundo a intenção dos contraentes, acompanha as obrigações típicas do contrato desde o nascimento deste (sinalagma *genético*) continua a reflectir-se no regime da relação contratual, durante todo o período de execução do negócio e em todas as vicissitudes registadas ao longo da existência das obrigações (*sinalagma funcional*). Fala-se em sinalagma *genético* para significar que, na *gênese* ou *raiz* do contrato, a obrigação assumida por cada um dos contraentes constitui a razão de ser da obrigação contraída pelo outro. O sinalagma *funcional* aponta essencialmente para a ideia de que as obrigações têm de ser exercidas em paralelo (visto que a execução de cada uma delas constitui, na intenção dos contraentes, o pressuposto lógico do cumprimento da outra) e ainda para o pensamento de que todo o acidente ocorrido na vida de uma delas repercute necessariamente no ciclo vital da outra.” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1. p.396-397).

¹⁷² “Em primeiro lugar, deve ser lembrada a distinção que, necessariamente, deve ser operada entre a “inutilidade” que resulta do inadimplemento derivado de um contrato e daquele gerado em obrigação não-contratual. É evidente que, havendo contrato, muito mais facilmente se pode alcançar o delineamento do ‘interesse do sinalagma’, lembrado por Aguiar Júnior. A responsabilidade contratual, já o lembramos, embora autônoma enquanto ‘momento’ da relação obrigacional. Não é um átomo, pois integra a relação considerada como totalidade; É, portanto, um momento integrante da dinâmica da relação obrigacional. Nesse sentido, a “inutilidade” do inadimplemento derivado de um contrato pode ser mensurada, objetivamente, à vista das suas repercussões no *equilíbrio* entre as prestações; na *funcionalidade* do contrato, implicada no concreto *programa negocial*, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte; na *relação de proporcionalidade*; na própria *licitude*, considerada à vista da cláusula geral do art. 187.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5. T.2. p.256).

¹⁷³ “Partindo, desse modo, da concreta disciplina de interesses, dois parâmetros, em especial, destacam-se no juízo de valoração da relevância da obrigação: a economia do contrato e seu respectivo equilíbrio econômico, e a boa-fé objetiva. Posto isso, é essencial a obrigação relevante para a realização da concreta economia do contrato, vale dizer, a obrigação indispensável para a satisfação do escopo econômico perseguido pelos contratantes e sem a qual desarranja-se o equilíbrio contratual. A boa-fé objetiva, por sua vez, incide a partir de perspectiva funcional, e exsurge como critério para aferição da importância da obrigação no contexto contratual, a afastar a inclusão, no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, de obrigação cuja inexecução não assuma destaque para a consecução do resultado útil programado, que não promova maior utilidade da prestação para o credor.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.78-79).

Entre os parâmetros apresentados pela doutrina, podem-se citar, ainda, a diligência do devedor¹⁷⁴, o desempenho da função almejada pelas partes¹⁷⁵ e a existência de remédios menos gravosos para o devedor.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷

2.3 Expectativa vs. Realidade: análise crítica da aplicação da teoria à luz dos julgados do Superior Tribunal de Justiça

Após a apresentação dos critérios de aferição da teoria, no capítulo anterior, o trabalho passa a expor como os Tribunais brasileiros vêm aplicando o instituto no caso concreto, com o objetivo de verificar a fundamentação utilizada para afastar ou não a resolução contratual no caso concreto e as consequências daí advindas.

Em breve síntese, há inequívoco reconhecimento, por parte das Cortes, da necessidade de análise qualitativa. No entanto, talvez pela ausência de sistematização dos parâmetros de aplicação ou por serem eles considerados etéreos, a grande maioria das decisões aponta que os Tribunais vêm se valendo majoritariamente do critério quantitativo.

Além deste fato, por si só, ser extremamente prejudicial para o instituto do adimplemento substancial, os Tribunais – e, muitas vezes, os órgãos julgadores de um mesmo Tribunal – divergem acerca do percentual que consideram apto a afastar a resolução contratual. Em sentido oposto, mas também significativamente ameaçador, alguns Tribunais, na tentativa de unificar o seu entendimento acerca do tema, parecem ter prefixado um determinado patamar segundo o qual se guiam os juristas para aplicar ou não o adimplemento substancial.

¹⁷⁴ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.64-65, nov. 1993.

¹⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.20-21, out./dez. 2007.

¹⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.23, out./dez. 2007.

¹⁷⁷ O Código de Processo Civil de 2015, reproduzindo dispositivo já previsto na Lei de 1973, prevê, no art. 805 que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Além da incerteza e da instabilidade geradas por aplicações como esta, se verifica dos julgados um emprego atécnico do instituto. Muitas vezes, diante do caso concreto, a resolução judicial de um contrato é afastada com base na teoria do adimplemento substancial sem que seus critérios estejam presentes, com o único objetivo de proteger a parte vulnerável na relação.

Diante de julgamentos desprovidos de fundamentação e da superaplicação do adimplemento substancial, tem se verificado que parte dos magistrados vem se insurgindo contrariamente à aplicação do instituto, justamente por considerarem que ele está sendo utilizado indistintamente como meio de proteção dos devedores, sem que seja observado o interesse do credor ou o programa contratual, adiando, de forma injustificada, a satisfação da parte adimplente.

Os problemas decorrentes da aplicação desordenada do adimplemento substancial já foram, por vezes, levantados pelo Superior Tribunal de Justiça que, em julgamento que pode ser tomado como paradigma do cenário acima narrado, ensaiou uma proposta de uniformização dos requisitos aplicáveis.¹⁷⁸ A análise dos julgados posteriores, no entanto, demonstra que os referidos critérios não vêm sendo adotados, seja pela insuficiência dos mesmos, seja por sua generalidade.

Essas situações são apenas algumas das que serão tratadas neste capítulo, por meio da análise de julgados dos Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. O estudo das hipóteses facilitará a compreensão da dificuldade que os magistrados vêm enfrentando na aplicação do instituto aos casos concretos. Diante da extensa lista de critérios encontrados na doutrina, o objetivo é verificar, diante das situações levadas a julgamento, o caminho que deve ser trilhado pela doutrina na apresentação de um guia objetivo para a melhor utilização do instituto, o que será abordado no capítulo a seguir.

O primeiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça que cuidou do tema data de 03.09.1992 e já esboçava uma tentativa de parametrização para a aferição do adimplemento substancial.

Sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o caso versou sobre contrato de seguro de automóvel contratado pelo período compreendido ente 03.09.1991 a 03.09.1992. O pagamento do prêmio havia sido parcelado em 4 (quatro) vezes, tendo o segurado quitado a primeira parcela no ato da contratação. As segunda e terceira parcelas foram pagas com atraso, o que fora autorizado pela seguradora.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016.

A quarta parcela, no entanto, também com atraso, teve a sua quitação negada pela seguradora, uma vez que ela já havia sido comunicada do sinistro ocorrido, cancelando o contrato.

Em primeira e segunda instâncias, a pretensão do autor de ver-se indenizado pelo sinistro ocorrido foi negada, restando consignado em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso que “constitui obrigação primordial do contratante (devedor) do prêmio de seguro pagar pontualmente as prestações, nada podendo exigir em estando inadimplente”.¹⁷⁹

Em sede de recurso especial, entendeu a 4.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça que tinha razão o segurado, sob o fundamento de que (i) o comportamento da seguradora havia gerado expectativa no segurado de que o pagamento, ainda que atrasado, seria aceito¹⁸⁰; e (ii) o montante inadimplido, comparado com o valor total do negócio não autorizava a resolução, uma vez que o segurado havia cumprido substancialmente o contrato.

Vê-se que, no julgamento da referida hipótese, dois critérios foram levados em consideração para a aferição do adimplemento substancial: o comportamento das partes e a importância da obrigação inadimplida.

Em outra hipótese levada à apreciação da mesma 4.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, outros parâmetros foram levantados por acórdão de lavra do Ministro Luís Felipe Salomão, para reconhecer a presença do adimplemento substancial do contrato.

Em ação de reintegração de posse fundada em contrato de arrendamento mercantil, o Tribunal do Rio Grande do Sul, entendendo ter havido adimplemento substancial por parte da arrendatária, afastou a pretensão da instituição financeira.

Em sede de recurso especial, a Turma julgadora abordou os seguintes pontos: (i) a resolução contratual prevista no art. 475 do CC deve ser interpretada de acordo com a boa-fé objetiva e a função social do contrato; (ii) o desequilíbrio financeiro entre as partes contratantes;

¹⁷⁹ Cf. relatório do *REsp* 76.362/MT. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 11/12/1995. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ. 01/04/1996, p.9917.

¹⁸⁰ Entendeu a 4.^a Turma do STJ que “o reiterado comportamento da seguradora, em receber as prestações com atraso, justificara a expectativa da segurada de que o mesmo aconteceria em relação à última prestação. Sabe-se que o modo pelo qual o contrato de prestação duradoura é executado, naquilo que contravém ao acordado inicialmente, pode gerar a modificação da relação obrigacional, no pressuposto de que tal mudança no comportamento corresponde à vontade atual das partes. Se o recebimento das prestações atrasadas constituía prática constante da credora, admitida enquanto significava ingresso de recursos, não pode ser desprezada quando do último pagamento, persistindo as mesmas circunstâncias, apenas porque agora interessava à credora caracterizar a mora.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 76.362/MT. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 11/12/1995. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ. 01/04/1996, p.4).

(iii) a necessidade de valoração do inadimplemento face à análise global do contrato; (iv) a importância do comportamento das partes; (v) a repercussão do descumprimento no sinalagma do contrato.

O Ministro Relator sustentou que “a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé desde que a resolução do contrato não responda satisfatoriamente a esses princípios. Essa é a essência da teoria do adimplemento substancial do contrato”.¹⁸¹ Sobre os aspectos levantados no referido acórdão, há que se tecer os seguintes comentários.

Em primeiro lugar, como se demonstrou no primeiro capítulo, não parece que o adimplemento substancial tenha fundamento na função social do contrato, uma vez que, diante de contratos que não representem repercussão na esfera da sociedade, está-se a preservar, na realidade, a função econômico-negocial ou econômico-individual de determinada relação obrigacional.¹⁸²

No que toca ao desequilíbrio financeiro entre as partes contratantes, com todas as vênias, a referida circunstância também não parece fundamento aplicável para extinguir ou não determinada relação contratual. Isso porque, como se sabe, as partes vulneráveis¹⁸³ – que não devem ser confundidas com partes economicamente díspares¹⁸⁴ – são protegidas por regras

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.051.270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011, p.7.

¹⁸² O assunto foi tratado no Capítulo 1.

¹⁸³ “Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade, não é, pois o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.” (LIMA MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.228-229);

¹⁸⁴ Ao utilizar a expressão “vulnerabilidade” para referir-se à condição de todo consumidor, mesmo as pessoas jurídicas, esta foi dissociada de seu significado original, vinculado ao aspecto existencial da pessoa humana. Hoje, como observado, a expressão está consolidada e sua ressignificação parece irreversível nessa seara: a vulnerabilidade tornou-se a inferioridade de que sofre qualquer sujeito consumidor na relação que estabelece com o fornecedor. No entanto, essa generalização impôs a busca por outros mecanismos de diferenciação de sujeitos que, no vasto e heterogêneo universo das relações de consumo, estão ameaçados de forma diferenciada e, por isso, são merecedores de uma proteção qualificada. Já de plano isso foi reconhecido no âmbito do debate sobre hipossuficiência. O próprio Código reconhece que nem todo consumidor é hipossuficiente, uma vez que essa condição é pressuposto específico para a inversão do ônus da prova, e não para ser consumidor. Por conta disso, parte da doutrina consumerista defendeu a distinção entre os conceitos na esfera do consumo: a

previstas pelo ordenamento. O fato de uma das partes possuir poder aquisitivo maior do que a outra não pode, *a priori*, e por si só, autorizar que o sistema jurídico seja modulado de forma a suavizar as consequências do inadimplemento.

Sobre os três últimos aspectos levantados pelo Ministro Relator, referentes à necessidade de valoração do inadimplemento face à análise global do contrato; à importância do comportamento das partes; e à repercussão do descumprimento no sinalagma do contrato, entende-se que a verificação desses requisitos, conjuntamente, é necessária para a averiguação, no caso concreto, da incidência da teoria do adimplemento substancial.

Ocorre que, apesar de apresentar critérios objetivos para a aferição do adimplemento substancial, o voto do Ministro Relator, que restou vencedor, acabou por se utilizar apenas do critério quantitativo, ao consignar que haviam sido pagas 31 das 36 parcelas devidas, entendendo, por esta razão, que o cumprimento de 86% (oitenta e seis por cento) da obrigação total configuraria adimplemento substancial, afastando a pretensão da instituição financeira.

Bastante interessante, nesse caso, foi o posicionamento adotado pelo Ministro João Otávio de Noronha, em seu voto vista. O julgador, fundamentando a teoria do adimplemento substancial no princípio da boa-fé objetiva, sustentou que a sua aferição, de modo a evitar medida desproporcional e lesiva ao consumidor, deveria se realizar mediante a contraposição do débito com o objeto contratual como um todo, como o conjunto de obrigações do devedor.

Segundo ele, no entanto, a inadimplência de aproximadamente 14% do valor total devido, consubstanciado no descumprimento “consecutivo e reiterado de cinco prestações”¹⁸⁵, não poderia ser considerada ínfima ou de escassa importância a fim de evitar-se a resolução contratual.

vulnerabilidade presumida para todos os consumidores, a hipossuficiência somente para aqueles que em concreto se verificarem em condições de inferioridade. Nesse cenário, portanto, verifica-se que a generalização da vulnerabilidade em abstrato a todos os consumidores, de forma homogênea, teve que ser acompanhada de algumas indicações da necessidade de diferenciação, como no que tange às pessoas jurídicas, para sua qualificação como consumidor, no que tange à hipossuficiência, para a inversão do ônus da prova, e ainda em outros pontos em que o próprio Código sinaliza a peculiaridade do consumidor em questão, como quando se refere à publicidade abusiva por se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança.” (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista dos Tribunais online*, p.8-9. Disponível em: <http://www.academia.edu/26776619/Vulnerabilidade_patrimonial_e_vulnerabilidade_existencial_por_um_sistema_diferenciador>. Acesso em: 16/01/2018.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.051.270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011, voto vista do Min. João Otávio de Noronha, p.18.

O comportamento das partes, sobretudo o do devedor, é, nos termos do voto proferido, ponto de destaque na aferição da incidência do adimplemento substancial, devendo o intérprete levar em consideração a predisposição das partes para o efetivo cumprimento das obrigações pactuadas.

O Ministro concluiu que “o adimplemento substancial, para efeito de excluir o direito à resolução, deve assentar-se em hipótese de quase totalidade do cumprimento das obrigações contraídas ou do proveito que se buscava alcançar”¹⁸⁶, sob pena de violação da segurança jurídica e da autonomia privada.

Percebe-se que, assim como o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, também o Ministro João Otávio de Noronha lista como critério de aferição do adimplemento substancial a importância da obrigação inadimplida frente à relação contratual como um todo. No entanto, atendo-se a uma análise meramente quantitativa, divergem os Ministros acerca do percentual descumprido capaz de afastar a resolução do contrato. Enquanto para a maioria dos integrantes da Quarta Turma do STJ, 86% (oitenta e seis por cento) da obrigação cumprida configura adimplemento substancial, para o Ministro que restou vencido, 14% (quatorze por cento) da obrigação não pode ser considerado ínfimo para efeitos de aplicação do instituto.

Ultrapassada a divergência numérica sobre o inadimplemento, é interessante chamar a atenção para o critério de aferição exposto no voto vencido, consubstanciado no comportamento do devedor. Segundo o Ministro João Otávio de Noronha, no caso em comento, o devedor não tomou nenhuma atitude que demonstrasse seu interesse no cumprimento das parcelas em aberto, limitando a sua defesa à alegação de adimplemento substancial do contrato, o que importaria na violação da boa-fé objetiva e não legitimaria a espera, por tempo indeterminado, por parte do credor, para ver seu crédito adimplido.

Apesar de o julgamento final ter levado em consideração apenas o critério quantitativo, depreendem-se do acórdão parâmetros que, apesar de não terem sido utilizados, se mostram importantes para a aferição do adimplemento substancial no caso concreto. São eles: (i) necessidade de valoração do inadimplemento face à análise global do contrato; (ii) importância do comportamento das partes, incluindo-se não só o do credor, mas também o do devedor; (iii) repercussão do descumprimento no sinalagma do contrato.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.051.270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011, voto vista do Min. João Otávio de Noronha, p.21.

Outro caso considerado como paradigmático foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 1.581.505/SC.¹⁸⁷

Em hipótese que versou sobre contrato de promessa de compra e venda de imóvel cujo pagamento se daria em parcelas, após o adimplemento de montante aproximado a R\$ 70 mil reais, o devedor quedou-se inerte, razão pela qual o credor ajuizou ação requerendo a resolução do contrato e a reintegração da posse.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente. Entendeu-se que o devedor havia adimplido o equivalente a 84.36% da obrigação. Em sede de apelação, o TJSC deu provimento ao recurso do credor, sob o fundamento de que, em verdade, a dívida do devedor ultrapassava 30% do total do contrato e que, portanto, estaria afastada a incidência da teoria do adimplemento substancial naquela hipótese.

No julgamento do Recurso Especial, a análise meramente quantitativa – que, frise-se, deu azo a diferentes interpretações em primeira e segunda instâncias – levou o Ministro Relator a proferir voto discorrendo detidamente sobre o tema, com a apresentação do cenário histórico que abrange o seu surgimento na Inglaterra, a sua adoção pelos países de *civil law*, e a sua aplicação no Brasil. Foram apontadas as dificuldades enfrentadas pelos Tribunais, em razão das peculiaridades de cada caso concreto e da avaliação da importância do adimplemento em diferentes contratos. Sublinhou-se, ainda, a necessidade de análise qualitativa em detrimento da exclusivamente percentual.¹⁸⁸

Restou consignado que, em atenção ao que havia sido decidido no Recurso Especial n.º 76.362/MT, acima mencionado, para a aplicação da teoria do adimplemento substancial seriam necessários os seguintes requisitos: (i) a existência de expectativas legítimas geradas pelo

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016.

¹⁸⁸ Nas palavras do Ministro Relator: “ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descuidar dos interesses do credor.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016, p.9).

comportamento das partes¹⁸⁹; (ii) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; (iii) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

O primeiro deles, tocante à legítima expectativa das partes, parece fazer referência ao comportamento do credor que, diante do descumprimento do devedor, aceita a prestação defeituosa, criando no seu cocontratante a expectativa de que, ainda nas hipóteses de mora, o contrato permanecerá produzindo efeitos.¹⁹⁰

O comportamento dos contratantes durante a relação obrigacional é, sem dúvida, de suma importância para a aferição da aplicação do adimplemento substancial no caso concreto. No entanto, não parece correto limitar a análise desse comportamento às expectativas geradas pelo credor ao devedor, uma vez que o comportamento do contratante inadimplente é, também, de extrema relevância para a manutenção ou não do vínculo contratual.

A questão da comparação entre a parcela adimplida da obrigação e o valor total do negócio já foi anteriormente abordada neste estudo. Com efeito, a análise quantitativa do adimplemento configura requisito acessório de aferição do adimplemento substancial, uma vez que a verificação do cumprimento de determinada obrigação sob o prisma meramente percentual não é capaz de demonstrar se a função de determinado contrato foi alcançada ou não. Em outras palavras: em determinadas situações, o devedor poderá ter cumprido 99% do contrato e, ainda assim, diante do 1% faltante, restar caracterizada a imprestabilidade de determinada prestação. O oposto também pode ocorrer: apesar de um descumprimento contratual de 30% – e aqui se faz referência a esse percentual pois foi o mesmo utilizado pelo acórdão ora comentado para afastar a incidência do adimplemento substancial –, o contrato ainda poderá atingir o objetivo pretendido pelas partes, ainda que o devedor tenha que indenizar o credor dos prejuízos decorrentes de sua mora.

¹⁸⁹ Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes criticam esse requisito afirmando que “a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes – não parece ser efetivamente um requisito de aplicação da teoria já que, em realidade, o credor sempre terá a legítima expectativa de que o contrato seja cumprido perfeitamente, tal qual ajustado pelas partes.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.11, p.106, jan./mar. 2017). No mesmo sentido: CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2014. p.1.601.

¹⁹⁰ Essa interpretação se deve ao fato de que o acórdão traz os parâmetros com base no julgado de relatoria do Ministro Ruy Rosado, de n.º 76.362/MT, em que se analisa a expectativa gerada pela Seguradora no segurado ao aceitar que os pagamentos das parcelas do prêmio fossem realizados com atraso.

Parece, portanto, que a análise da importância da obrigação, independentemente da verificação quantitativa, deve ser realizada sob a ótica qualitativa, ou seja, à luz da função do contrato, de sua economia global, da preservação do sinalagma.

Por fim, no que toca à possibilidade de manutenção da eficácia do negócio com a indenização do credor, parece que o ponto levantado é, na realidade, efeito da aplicação do adimplemento substancial e não de requisito para a sua incidência.¹⁹¹

Importante chamar a atenção para dois aspectos levantados no julgamento que não restaram consignados nos requisitos de aferição do adimplemento substancial, ou sequer na ementa do acórdão, mas que possuem relação direta com o tema.

O primeiro deles reflete a desconfiança que o instituto ainda gera nos intérpretes quando da sua aplicação. O Ministro Relator, por exemplo, pondera que o adimplemento substancial não pode ser estimulado sob pena de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato, reservando-se para casos excepcionais. Segundo ele, a sua superutilização pode levar, a longo prazo, ao encarecimento dos custos de contratação em razão da socialização dos prejuízos da inadimplência.¹⁹²

No mesmo sentido está a consideração do Ministro Raul Araújo, que alerta para o fato de que os julgados que aplicam a teoria do adimplemento substancial acabam por não proporcionar soluções de satisfação do direito do credor, obrigando-o a recorrer a outras vias que não a eleita, causando ao contratante adimplente, maiores contratempus na obtenção de sua indenização.¹⁹³

A preocupação com a obrigatoriedade de cumprimento dos pactos e com a satisfação do credor é mais do que pertinente. Não faria mesmo sentido inverter a lógica obrigacional

¹⁹¹ No mesmo sentido, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirmam que o terceiro requisito apontado no acórdão “nada mais é do que uma consequência de a Teoria do Adimplemento Substancial ser aplicada em situações em que o que resta configurado é a mora do devedor, e não o inadimplemento absoluto. É, com efeito, no campo da mora que se impõe a análise da Teoria do Adimplemento Substancial; a discrepância entre a prestação efetivamente executada e a prestação devida não impede, no contexto da concreta relação contratual, a possibilidade de satisfação do interesse do credor, consubstanciado na realização do resultado útil programado. A rigor, portanto, não se trata exatamente de um requisito de aplicação da teoria, mas de um efeito da configuração da mora.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.11, p.106, jan./mar. 2017).

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016, p.11.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016, voto-vogal Min, Raul Araújo, p.12-13.

e privilegiar o contratante inadimplente em detrimento daquele que honrou com todas as suas prestações.

No entanto, como se alertou no capítulo antecedente, o adimplemento substancial não visa o perdão da dívida. Tampouco prestigia o inadimplemento. A extinção da obrigação pelo perfeito cumprimento do contratado será sempre o objetivo de todas as negociações. No entanto, é recorrente que negócios jurídicos sejam descumpridos, o que atrai a incidência dos efeitos do inadimplemento, seja ele relativo – a mora – ou absoluto.

A teoria do adimplemento substancial servirá apenas para impedir a resolução contratual quando a medida se mostrar manifestamente desproporcional ao descumprimento da obrigação, mantendo-se, em todos os casos, o direito do credor à indenização pelos prejuízos causados pelo cumprimento defeituoso.

Sobre a necessidade de se assegurar que o direito do credor seja atendido na mesma ação em que há o reconhecimento da aplicação do adimplemento substancial ao caso concreto, parece que a solução esteja no âmbito procedimental e não mais no Direito das Obrigações. Isso porque, sempre que reconhecido que determinada obrigação foi essencialmente cumprida e afastada a resolução contratual, reconhece-se, simultaneamente, o direito do credor a receber do devedor a prestação e perdas e danos decorrentes do inadimplemento causado. Repita-se: afasta-se tão somente a extinção do vínculo contratual e não os demais efeitos decorrentes do inadimplemento.

Apesar da longa exposição sobre o adimplemento substancial e, inclusive, da formulação de proposta de parâmetros para a verificação da incidência ou não da teoria, conclui o Ministro Relator que, na hipótese analisada, tendo em vista que o inadimplemento é de mais de 30% do valor total do contrato, “não estão presentes os requisitos para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, conclusão a que se chega tão só pelo exame do critério quantitativo, cujo relevo dispensa perquirir os demais elementos do negócio jurídico e sua execução”.¹⁹⁴

A conclusão a que chega o acórdão deixa ainda mais evidente a dificuldade de aplicação de elementos que não o percentual adimplido pelo devedor no caso concreto e a alçada do parâmetro quantitativo como pré-requisito para a verificação do adimplemento substancial no caso concreto, onde apenas após a validação de determinada parcela de cumprimento, passar-se-ia à análise dos demais parâmetros.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016, p.11.

O problema da verificação do adimplemento substancial por meio da análise exclusivamente quantitativa da parcela do contrato que foi cumprida é bem grave. Em primeiro lugar porque, salvo raras exceções, a porcentagem adimplida de determinada obrigação não reflete, sozinha, o atingimento ou não da função contratual esperada pelas partes.

Apesar de ser o critério mais popular entre os intérpretes na análise do caso concreto – o que se explica pela objetividade e celeridade de aplicação da proporcionalidade, que não leva em consideração nenhuma das peculiaridades da hipótese analisada –, a porcentagem não cumpre o papel de parâmetro de aferição de incidência do adimplemento substancial.

Além da insegurança gerada pela análise de um vínculo obrigacional, complexo e dinâmico, sob o viés puramente matemático, os resultados dos julgados dos Tribunais brasileiros causam, também, instabilidade em razão da disparidade na própria fixação do patamar apto a configurar que determinada obrigação foi essencialmente cumprida.

Em resposta a esse quadro, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul parece ter sedimentado o entendimento de que 70% (setenta por cento) é o limiar que divide um adimplemento defeituoso “puro” do adimplemento substancial.¹⁹⁵

Além de todas as críticas já expostas à análise quantitativa, se, de um lado, a disparidade de aplicação desse parâmetro é prejudicial, de outro, igualmente danosa é a prévia uniformização de percentuais para a caracterização do adimplemento substancial.¹⁹⁶

¹⁹⁵ “Para aplicação da teoria do adimplemento substancial esse Egrégio Tribunal de Justiça vem entendendo que descabe sua aplicação enquanto não houver a quitação de 70% da obrigação, razão pela qual incabível, no caso dos autos, a sua aplicação, já que quitado a metade do valor do imóvel.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 700667935239. Relator: Min. Alexandre Kreutz. Julgamento: 05/07/2017. Órgão Julgador: 20.^a CC. Publicação: 12/07/2018. V. tb.: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70074221821. Relator: Min. Marlene Marlei de Souza. Julgamento: 23/11/2017. Órgão Julgador: 18.^a CC. Publicação: 19/11/2017; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70074985268. Relator: Min. Pedro Celso Dal Pra. Julgamento: 14/09/2017. Órgão Julgador: 18.^a CC. Publicação: 19/09/2017; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70073686388. Relator: Min. Voltaire de Lima Moraes. Julgamento: 14/09/2017. Órgão Julgador: 19.^a CC. Publicação: 19/09/2017; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70073301921. Relator: Min. Miriam A. Fernandes. Julgamento: 25/05/2017. Órgão Julgador: 14.^a CC. Publicação: 30/05/2017).

¹⁹⁶ Sobre a tentativa de se fixar um patamar prévio, uniformizando os percentuais de descumprimento contratual aptos a ensejar o inadimplemento absoluto ou, ao contrário, o adimplemento substancial, destaque-se que, também na França, esse comportamento é reprovado: “*Bién évidemment, on ne saurait se contenter d’un ratio (en deça de 50% la résolution est encourue, au-delà elle est écartée). D’abord parce que ce ratio n’a pas toujours de sens. Certes, il est facilement praticable lorsque la prestation porte sur une quantité à livrer (1 tonne de blé), mais il est tout à fait hors de propos pour d’autres prestations qui ne se prêtent pas à un tel fractionnement. Comment fixer un pourcentage d’exécution à l’obligation de soins du médecin, à la qualité d’un conseil professionnel, à celle d’un voyage organisé ? Sans être tout à fait impossible, l’exercice devient*”

A tentativa de afastar a insegurança por meio da estipulação de determinado patamar é infrutífera e acaba gerando ainda mais inconvenientes. Com efeito, ao considerar que o cumprimento de determinada parcela configura adimplemento substancial, independentemente do contrato em questão, da hipótese analisada, das particularidades do caso concreto ou de qualquer outra circunstância, se está a determinar que todos os credores serão obrigados a permanecerem contratados, ainda que a prestação se torne inútil e que do inadimplemento lhe decorram graves prejuízos. De outro lado, o devedor, de antemão, sabe-se seguro da manutenção do vínculo contratual independentemente do seu cumprimento integral. Fulmina-se de morte a funcionalização do adimplemento contratual.

Outras questões interessantes para o presente estudo foram levantadas no julgamento do Recurso Especial n.º 1.622.555/MG, que tratou da incidência da teoria do adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária regida pelo Decreto Lei n.º 911/1969.

Antes de passar à análise do referido acórdão, cumpre apontar que, anteriormente, em duas oportunidades¹⁹⁷, o Superior Tribunal de Justiça havia se pronunciado sobre o cabimento do adimplemento substancial em hipóteses de alienação fiduciária para afastar o direito do credor de buscar e apreender o bem objeto do contrato.¹⁹⁸

vite discretionnaire et faussement objectif. Qui plus est, alors même que la fraction d'inexécution semble chiffrable, elle est pas toujours un indice qui se suffit à lui-même : alors même que la cargaison de blé est livrée à 90% ou que la maison construite dans la même proportion, elle peut ne pas être utile à raison du retard apporté ou d'autres circonstances comme l'importance considérable du préjudice causé par l'absence des 10% restants (par exemple, s'agissant de la construction de la maison, si c'est le toit qui fait défaut) ». Tradução livre: “Evidentemente, não se pode contentar com esta *ratio* (acima de 50% a resolução se aplica, abaixo disso, ela é afastada). Primeiro, porque nem sempre essa proporção faz sentido. Sem dúvidas, ela é facilmente aplicável quando a prestação diz respeito a uma quantidade a ser entregue (1 tonelada de trigo), mas é irrelevante para uma prestação que não se submete a essa divisão. Como se fixar porcentagem sobre a obrigação do médico, sobre a qualidade dum conselho profissional, sobre uma viagem organizada? Por não ser impossível, essa quantificação se torna discricionária e falsamente objetiva. Além disso, mesmo que a porcentagem de execução pareça quantificável, nem sempre ela será um índice suficiente: ainda que a carga de trigo seja entregue em 90% ou que a casa seja construída na mesma proporção, elas podem não ser mais úteis devido ao atraso na entrega ou a outras circunstâncias, como graves prejuízos decorrentes da não entrega dos 10% faltantes (por exemplo, no que tange à casa, se a entrega ocorre sem o telhado).” (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.320).

¹⁹⁷ O presente estudo tomou por base a pesquisa de acórdãos, desprezando as decisões monocráticas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

¹⁹⁸ Os dois julgados são da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 272.739/MG*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 01/03/2001. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 02/04/2001, p.299 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 469.577/SC*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 25/03/2003. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 05/05/2003, p.310.

O primeiro deles¹⁹⁹, com base em contrato de alienação fiduciária para aquisição de veículo, a empresa financiadora ajuizou ação de busca e apreensão do bem sob o fundamento de que o comprador estaria em mora de uma parcela já vencida.

Naquela hipótese, no entanto, tratava-se da última parcela do financiamento e o comprador já havia, inclusive, depositado o valor que entendia devido em ação de consignação em pagamento.

Em primeira e segunda instâncias a pretensão de busca e apreensão do bem foi negada. Em recurso especial, a 4.^a Turma manteve o mesmo entendimento, afirmando que, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva e nos termos da teoria do adimplemento substancial, “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”.²⁰⁰

O referido acórdão chamou a atenção também para a desproporcionalidade da medida pleiteada pela instituição bancária, significativamente danosa ao devedor, considerando, também, o fato de que já havia depósito judicial – ao menos de parte da parcela devida.

O segundo caso, também ação de busca e apreensão de bem alienado em garantia, a pretensão do agente financiador foi negada em primeira e segunda instâncias. O entendimento foi mantido pela 4.^a Turma que, para tal, levou em conta (i) o fato de que o valor inadimplido correspondia a menos de 20% (vinte por cento) do bem; (ii) o bem era essencial às atividades da empresa financiada, por tratar-se de maquinário destinado à produção da companhia.²⁰¹

Porém, em julgado de 2017, em virtude da mudança legislativa ocorrida em 2014, ao contrário do que restou decidido nos casos relatados, o acórdão proferido afastou a aplicação da teoria do adimplemento substancial a contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto n.º 911/1969.²⁰²

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 272.739/MG*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 01/03/2001. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 02/04/2001, p.299.

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 272.739/MG*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 01/03/2001. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 02/04/2001, p.299.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 469.577/SC*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 25/03/2003. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 05/05/2003, p.310.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017.

O caso analisado versou sobre ação de busca e apreensão de veículo ajuizada pela instituição financeira contra devedor inadimplente por força do não pagamento de 04 (quatro) das 48 (quarenta e oito) parcelas devidas, o que corresponderia um adimplemento de aproximadamente 91,66% do contrato.

O juízo de primeiro grau julgou extinta a ação sem resolução do mérito, sob o fundamento de que a via eleita pelo credor era inadequada, uma vez que, diante do adimplemento substancial por parte do devedor, estava desautorizada a extinção do contrato. O entendimento foi mantido em segunda instância.

A controvérsia instaurada, referente à possibilidade de propositura de ação de busca e apreensão quando configurado o adimplemento substancial foi levada, em sede de recurso especial, ao Superior Tribunal de Justiça. Embora a fundamentação utilizada para afastar a aplicação do instituto não pareça a mais adequada, o acórdão suscita discussões interessantes sobre diversos aspectos da teoria, ilustrando, uma vez mais a complexidade do tema e as dificuldades decorrentes de sua aplicação prática.

O julgamento teve início com o voto do Ministro Marco Buzzi, que defendeu a aplicação do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária em garantia. Em seguida, o Ministro Marco Aurélio Bellizze instaurou a divergência, apresentando posicionamento que se sagrou majoritário: o instituto não se aplica à hipótese.

Para facilitar a análise dos questionamentos levantados, eles serão divididos em dois grupos: aqueles de caráter mais genérico, ligados à teoria em sua concepção ampla, e aqueles referentes ao caso concreto julgado pela Corte, que levou em consideração as peculiaridades da alienação fiduciária em garantia regulada pelo Decreto-Lei n.º 911/1969.

O primeiro deles ilustra a discussão acerca do fundamento normativo do adimplemento substancial. Como se expôs no primeiro capítulo, a corrente majoritária – à qual se filia o presente estudo – defende que o adimplemento substancial decorre da boa-fé objetiva, em sua função de vedação ao exercício abusivo de direitos subjetivos. Há, no entanto, como no caso do acórdão ora analisado, quem defenda que a teoria está fundada não só na boa-fé objetiva, mas também na função social dos contratos, na vedação ao abuso de direito e na vedação ao enriquecimento sem causa.²⁰³

²⁰³ O Ministro Marco Buzzi defende que “a teoria do adimplemento substancial, admitida doutrinária e jurisprudencialmente, e que tem sua aplicação fundada nos princípios da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422), da função social dos contratos (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e ao

Fazendo referência às críticas apresentadas anteriormente²⁰⁴, reitera-se o entendimento de que parece equivocado motivar a aplicação do adimplemento substancial em outro fundamento que não o da boa-fé objetiva. Ademais, corroborando o que foi apresentado, dos votos que defendem que o instituto decorre também da função social ou da vedação ao enriquecimento sem causa, não se depreende nenhum fundamento para a referida afirmação. Pelo contrário, limitam-se a frases vagas, enumerando sucessivamente os princípios como se, na realidade, fossem todos dotados da mesma significação.

No que toca ao objeto mesmo do presente estudo, o acórdão também traz interessantes questões sobre os parâmetros de aplicação da teoria do adimplemento substancial. Em primeiro lugar, depreende-se dos votos a inexistência de consenso acerca dos requisitos utilizados e do que seria considerado um inadimplemento de escassa importância. Ademais, enquanto, de um lado, alguns julgadores defendem a utilização do instituto, outros apontam para a insegurança dele decorrente.

Chamando a atenção para a inexistência de fórmula para determinar o que seja adimplemento substancial e para a necessidade de o julgador analisar, diante das circunstâncias do caso concreto, a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação dos interesses do credor, o Ministro Marco Buzzi sustenta que a aplicação deve se dar de acordo com a razoabilidade e a proporcionalidade.²⁰⁵

enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884).” O Ministro Marco Aurélio Bellizze, por sua vez, sustenta que “a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não prevista em lei (mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil, sob a vertente da preservação dos contratos e da função social do contrato)”. A Ministra Maria Isabel Gallotti observa que “Os princípios da preservação do contrato de adesão, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que amparam o entendimento dos que sustentam a possibilidade de purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária, são os mesmos que embasam a tese de que o adimplemento substancial impede a ação de busca e apreensão, restando ao credor, proprietário fiduciário, ajuizar ação de cobrança ou execução para buscar o adimplemento das últimas prestações do financiamento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017).

²⁰⁴ O assunto foi tratado no Capítulo 1.

²⁰⁵ “A razoabilidade, a proporcionalidade, o senso comum acerca do significativo adimplemento do ajuste pactuado são todos fatores que, a despeito de não serem aritméticos, são capazes o suficiente para, com plena segurança, informar a quem quer que seja e, especialmente ao juiz de direito, quando deva ser acolhida, com bom senso, a tese do adimplemento substancial do ajuste apresentado à jurisdição, tal como ocorre em milhares de demandas submetidas ao crivo do Judiciário, o que não denota fraqueza dos institutos jurídicos, dos órgãos julgadores ou eventual instabilidade de uniformização jurisprudencial, tampouco o encarecimento do crédito nos contratos de alienação fiduciária, mas sim a verdadeira força das relações bilaterais e de todo um sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva, da preservação da contratualidade e do equilíbrio entre os interesses de partes muitas vezes essencialmente díspares, culminando com a efetivação da

Sustenta, ainda, a necessidade de se proteger o vulnerável, utilizando-se do adimplemento substancial como instrumento de equidade.²⁰⁶ Segundo o julgador, o desequilíbrio causado pela extinção do contrato seria de grande monta para o devedor, que, após a retomada e venda do bem pelo credor, restaria sem o bem e desprovido da quantia necessária para a aquisição de outro.²⁰⁷

Sobre o posicionamento do Ministro Marco Buzzi, cumpre tecer as seguintes colocações. Inicialmente, a menção à razoabilidade e à proporcionalidade²⁰⁸ como critérios que dariam segurança aos julgadores para aplicarem, com bom senso, a teoria, cumulada com a referência à equidade, parece apenas cancelar a ideia de que o adimplemento substancial é uma teoria de apreciação fluida, o que vai de encontro com a tentativa da Corte de fixar parâmetros objetivos de aferição.

Ademais, sem discordar da importância da proteção dos vulneráveis, não parece que o adimplemento substancial seja o instituto adequado para a proteção dos consumidores, que já dispõem de regramento específico com esse objetivo.

função social dos contratos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.21).

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.11-13.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.10.

²⁰⁸ “A prescindir da discussão quanto às semelhanças ou diferenças estruturais e funcionais entre proporcionalidade e razoabilidade – conceitos equivalentes para alguns autores e, para outros, dirigidos à valoração quantitativa e qualitativa, respectivamente – tem-se invocado acriticamente a razoabilidade como parâmetro final de decisões difíceis, identificando-a ora como boa-fé objetiva; ora como reação ao abuso de direito; ora como sinônimo de equidade; ora como a justiça no caso concreto a partir da experiência pessoal do magistrado, expressão do seu dever soberano de temperar a letra fria da lei. Tudo isso no louvável propósito de aprimorar a prestação jurisdicional, mas em grave prejuízo da segurança jurídica. [...] Para se evitar tal anomalia, cabe à doutrina do direito privado aprofundar o debate destinado à fixação de parâmetros objetivos para a imprescindível utilização da razoabilidade, que levem em conta (i) a autonomia conceitual em relação às demais categorias; e (ii) os valores e princípios do próprio ordenamento jurídico, sem valorações subjetivas que acabam por desvirtuar a sua força como critério hermenêutico. Nesta dimensão, a razoabilidade adquire relevantíssimo papel como balizador do exame de legitimidade, no caso concreto, dos interesses em confronto. Mediante a razoabilidade, o intérprete poderá aferir em que medida a disciplina individuada para certa hipótese fática, mesmo diante de regras aparentemente claras, se encontra consentânea com os princípios e valores do ordenamento, tendo-se em conta as especificidades dos interesses em questão. É papel do intérprete, portanto, em nome da razoabilidade, entrever as consequências da sua atividade interpretativa no caso concreto, em busca da solução razoável que, ao mesmo tempo, seja rigorosamente fiel aos valores do ordenamento jurídico.” (TEPEDINO, Gustavo. *A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeitão*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.8, p.6-7, abr./jun. 2016).

Não se está a negar a incidência da teoria em relações de consumo, apenas que a vulnerabilidade, por si só, não pode ser considerada como parâmetro para a caracterização do adimplemento substancial, sem que sejam analisadas as demais circunstâncias do caso concreto. O adimplemento substancial não pode ser utilizado como meio de realização de justiça social sob pena de confirmar exatamente o receio daqueles que a ele se opõem: proteger o inadimplente a qualquer custo sob o fundamento de que ele, na realidade, é parte mais frágil na relação.

Trata-se, a rigor, de instrumento para impedir a resolução contratual em casos em que ela se configure medida abusiva. O fato de tratar-se de relação entre partes não paritárias deve ser levada em consideração, sim, como mais um dos elementos de valoração dos critérios para a configuração do adimplemento substancial.

Como se verá no capítulo a seguir, onde será apresentada a proposta de critérios de aferição, entende-se que tanto o comportamento dos contratantes quanto as consequências advindas para as partes de eventual extinção da relação contratual devem influenciar na decisão do intérprete, hipóteses em que será levada em consideração a qualidade da parte. Mas, repita-se, esse parâmetro deverá ser apreciado em conjunto com os demais, não sendo suficiente para caracterizar a manutenção de determinado vínculo a condição de consumidor.

Com efeito, diante de reiterado inadimplemento, que perdurou por mais de 04 (quatro) anos, por parte de devedor que sequer buscou purgar a mora ou justificar o descumprimento, parece demasiadamente paternalista a ideia de que o credor deve se preocupar com o fato de que o co-contratante não poderá adquirir novo bem em razão das consequências de suas próprias ações.

Esse ponto é levantado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze em seu voto. O posicionamento defendido é o de que a boa-fé não pode chancelar o comportamento de devedor inadimplente que, instado a honrar seu dever contratual, deixa de fazê-lo ainda que ciente das consequências daí decorrentes.²⁰⁹ Segundo o Ministro, a pretexto de proteger o contratante vulnerável, estar-se-ia a

²⁰⁹ “Nesse contexto, é questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. Ora, se o valor do débito é ínfimo e o devedor tem inequívoco conhecimento de que sua inadimplência pode ensejar a perda do bem (com a restituição da diferença), não se antevê razão lícita para que este remanesça faltoso com a sua obrigação contratual.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.30-31).

prejudicar o consumidor adimplente, que assumiria o ônus do enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária.²¹⁰

A indefinição do que seria o adimplemento substancial, conforme palavras do Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze²¹¹, restaram ainda mais evidenciadas no prosseguimento do julgamento.

O Ministro Antônio Carlos Ferreira, que havia sido relator do acórdão que fixou os parâmetros de aferição da teoria, reportou-se aos fundamentos expostos no REsp n.º 1.581.505/SC²¹², mas, novamente, deixou de aplicar os critérios ao caso concreto, limitando-se à análise quantitativa da obrigação cumprida. Em seu voto, o julgador entendeu que o descumprimento de parcelas que representem mais de 8% (oito por cento) do valor total do contrato é relevante, não caracterizando, portanto, inadimplemento de escassa importância.²¹³

A Ministra Maria Isabel Galotti, ao se manifestar sobre o ponto, defendeu em seu voto que não há estabilidade na aplicação do adimplemento substancial, deixado ao arbítrio do conceito subjetivo do aplicador do direito.²¹⁴

Apesar das inúmeras tentativas de objetivação dos critérios de aferição do adimplemento substancial e do reconhecimento da necessidade de implemento de outros parâmetros que não somente o quantitativo, o posicionamento da Corte demonstra que os intérpretes ainda se mostram arredios à análise qualitativa e, ao invés de efetivamente investigarem a incidência ou não do

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.33.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.33.

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.38.

²¹⁴ A Ministra afirma que “O que nos primeiros precedentes justificava privar o credor do direito à busca e apreensão era o pequeno resíduo de prestações, apurado ao final de ação de consignação em pagamento, ou a última prestação. Atualmente vem sendo considerado adimplemento substancial a ausência de pagamento das cinco últimas parcelas (REsp 1.051.270/RS) ou das três últimas, como no caso ora em exame.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.59-62).

instituto ao caso concreto, limitam-se a criticar a sua utilização de forma não uniforme pelos próprios Tribunais.

Com todas as vênias aos referidos entendimentos, a insegurança decorrente da aplicação do adimplemento substancial parece decorrer exatamente da deficiência da análise realizada nos casos levados a julgamento.

Antes de passar aos pontos relacionados à aplicação do adimplemento substancial especificamente aos contratos de alienação fiduciária em garantia²¹⁵, cumpre tecer alguns esclarecimentos sobre o referido tipo contratual.

A alienação fiduciária²¹⁶ regulada pelo Decreto-Lei n.º 911/1969²¹⁷ sofreu significativas alterações pelas Lei n.º 10.931/2004 e n.º 13.043/2014. Para o que interessa o presente estudo, houve a inclusão do art. 3.º, § 2.º, que estipula que, comprovada a mora, o devedor fiduciante deverá, no prazo de 05 (cinco) dias, pagar a integralidade da dívida pendente, para que o bem lhe seja restituído livre de ônus.^{218,219}

²¹⁵ Sobre esse assunto, v. ROCHA, Amelia Soares da; JEREISSATI, Regis Gurgel do Amaral. O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, v.25, n.104, p.445-469, mar./abr. 2016.

²¹⁶ “Por meio da alienação fiduciária em garantia, transfere-se a propriedade resolúvel da coisa ao credor até que o seu crédito seja satisfeito. Uma vez adimplida a obrigação, resolve-se automaticamente a propriedade em favor do devedor ou do terceiro que tenha conferido o bem em garantia. De outra parte, na hipótese de inadimplemento, o credor pode vender a coisa para se pagar com o peço obtido, restituindo ao devedor (ou ao terceiro) o eventual saldo remanescente.” (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014. p.43-44).

²¹⁷ O referido decreto se aplica somente às hipóteses da Seção XIV da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, ou quando o ônus da propriedade fiduciária tiver sido constituído para fins de garantia de débito fiscal ou previdenciário.

²¹⁸ “Art. 3.º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2.º do art. 2.º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.
§ 1.º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.
§ 2.º No prazo do § 1.º, 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.”

²¹⁹ “Purga da mora: era admissível ao devedor escapar da busca e apreensão, no sistema do Dec.-Lei n.º 911/69, recolhendo apenas as prestações vencidas, mas isto só se permitir caso já tivessem sido pagos pelo menos 40% da dívida. Pela nova sistemática implantada pela Lei n.º 10.931/2004, não existe mais a antiga purga da mora. O devedor executado só escapa da busca e apreensão pagando o valor integral do saldo do contrato, e isto haverá de acontecer nos primeiros 5 dias após a execução da liminar.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.3. p.575).

A referida regra, no entanto, deu margem a discussões no que se refere à possibilidade de o devedor purgar a mora efetuando o somente o pagamento das parcelas vencidas, ou se, nos termos do novo art. 3.º, § 2.º, deveria ele pagar também as parcelas vincendas, controvérsia que foi objeto de recurso repetitivo, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.²²⁰

No referido julgamento, decidiu-se que “realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação da mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida”.²²¹ Apesar de aberta divergência²²², ao final, o recurso acabou provido por unanimidade, fixando-se o seguinte entendimento: “Nos contratos firmados na vigência da Lei n.º 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária”.²²³

Feita a contextualização necessária, voltando ao julgamento do cabimento do adimplemento substancial em casos de alienação fiduciária em garantia regida pelo Decreto em questão, um dos argumentos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, no voto vencedor, é o de que a teoria não se aplica aos referidos contratos por se tratar a boa-fé objetiva – fundamento do adimplemento substancial –, de norma complementar, já que prevista no Código Civil, mas não no Decreto Lei n.º 911/1969. Sua incidência, portanto, só se admite em caso de lacunas na legislação especial e quando compatível com o instituto regulamentado.

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.418.593/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 27/05/2014.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.418.593/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 27/05/2014, p.13.

²²² O Ministro Marco Buzzi apresentou fundamentos contrários à interpretação acolhida pela Corte, mas, ao final, seguiu a orientação da Turma Julgadora. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.418.593/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 27/05/2014, p.24-28).

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.418.593/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 27/05/2014, p.1.

Com efeito, o Código Civil trata apenas da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, determinando o art. 1.368-A que as demais espécies serão submetidas à lei especial.²²⁴

Nessa linha, de acordo com o Ministro, o adimplemento substancial seria completamente incompatível com o Decreto em questão, uma vez que há disposição expressa acerca da possibilidade de manejo da ação de busca e apreensão nos casos de mora do devedor e da necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente para reaver o bem livre de ônus.²²⁵

Ainda na linha defendida pelo voto vencedor, seria irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento para autorizar a busca e apreensão do bem pelo credor. Do mesmo modo, para que o bem seja restituído ao devedor, “não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente”.²²⁶

O posicionamento defendido pelo Ministro, de que o Decreto-Lei n.º 911/1969 seria o único diploma legal aplicável à questão em análise²²⁷, parece ferir a unidade sistêmica do ordenamento jurídico. Com efeito, a ideia de que determinados institutos devem ser regulados de

²²⁴ Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

²²⁵ No mesmo sentido, destaque-se trecho do voto da Ministra Maria Isabel Galotti: “Penso, data maxima vênia, que tal flexibilização é incompatível com o decidido no REsp repetitivo 1.418.593/MS, pois o conceito de integralidade da dívida, cujo pagamento é imprescindível para evitar a consolidação da propriedade plena e da posse em nome do credor fiduciário, é incompatível com a ausência de pagamento de alguma de suas prestações, mesmo que apenas uma delas. Se não poderia o devedor, segundo a tese aprovada no julgamento do REsp repetitivo 1.418.593/MS, evitar a consolidação da propriedade plena em favor do credor fiduciário mediante o pagamento incompleto (não integral) da dívida, seria incoerente, data maxima vênia, privar o credor da ação de busca e apreensão se há prestações incontroversamente não adimplidas.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.59).

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.27.

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.29.

forma isolada, por meio da aplicação exclusiva de determinadas regras, como se configurassem, na realidade, microssistemas, parece equivocada.²²⁸

Ademais, a boa-fé objetiva deve reger todas as relações contratuais e obrigacionais, independentemente de serem elas reguladas pelo Código Civil ou por lei especial.²²⁹ E, como apresentado acima, uma de suas funções consiste exatamente em impedir que determinado direito, ainda que previsto por lei, seja exercido de modo abusivo por uma das partes, exatamente para preservar as legítimas expectativas dos contratantes e garantir que determinado negócio jurídico exerça a função almejada pelas partes.

Em outras palavras: o argumento de que há regra autorizando o manejo da ação de busca e apreensão em casos de mora do devedor não afasta a incidência da boa-fé objetiva como

²²⁸ “A complexidade do ordenamento, no momento de sua efetiva realização, isto é, no momento hermenêutico voltado a se realizar como ordenamento no caso concreto, só pode resultar unitária: um conjunto de princípios e regras individualizadas pelo juiz que, na totalidade do sistema sócio-normativo, devidamente se dispõe a aplicar.. Sob este perfil, que é o que realmente conta, em uma ciência jurídica que é ciência prática, o ordenamento, por mais complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes. [...] As relações entre princípios e regras ordinárias estatais são, portanto, expressas não como relações entre *sistemas normativos*, mas como componentes do unitário ordenamento jurídico, ao qual o intérprete deve se sentir vinculado. Não se trata de uma complementaridade entre sistemas singulares, mas de uma coessencialidade estrutural que se resolve em uma integração completa: de forma que cada norma é norma de um mesmo e único sistema, Nem mesmo seria possível ter outra concepção anti-sistêmica tendente a romper a unidade do ordenamento ou a projetá-lo como um conjunto de microssistemas do mesmo nível ou em nível diverso. A multiplicidade das regras e dos princípios, o seu diverso grau de relevância normativa, a complexidade da sociedade não requerem um ordenamento jurídico com estrutura polissistêmica, em que as disposições assumem significados segundo o sistema ou subsistema ao qual pertencem. As normas, ao contrário, assumem o seu significado na totalidade do ordenamento, vista como unidade, sem que a complexidade do ordenamento seja expressa em incomunicabilidade artificiais entre normas constitucionais e normas ordinárias. Isto, por outro lado, comportaria separações nítidas entre o direito constitucional e direito civil, entre direito público e direito privado. A complexidade é também necessidade de elaboração de ordens diversas, que respondam a valores pertencentes ao sistema global da cultura positiva e, portanto, à experiência comum e àquela culta. Essa complexidade é estritamente ligada ao sistema jurídico vivente. Não pode, portanto, ser favorecida a tendência das regras de cada categoria de se organizarem em conjuntos normativos, que, em relação à globalidade do direito positivo, se apresentam como sistemas parciais (os institutos, as matérias, as divisões). Qualquer instituto, matéria, etc., é sempre e somente o resultado hermenêutico de todo o direito positivo. A interpretação ou é sistemática (a trezentos e sessenta graus) ou não é interpretação. Os chamados sistemas parciais são, no mais das vezes, o resultado de uma primeira, provisória, abordagem, diante da qual o intérprete não pode se ater, especialmente, na presença de valores fundamentais destinados a funcionalizar cada ‘instituto’ e à luz dos quais é mister exprimir valorações de validade e legitimidade.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.200-201 e 209-211).

²²⁹ “Embora o Código Civil de 2002 tenha consolidado o uso da boa-fé no direito civil, a doutrina entende que as disposições trazidas neste código devem ser interpretadas de modo extensivo.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. As cláusulas de representação e garantia e a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos paritários. In: CONPEDI (Org.). *Direito civil I*. João Pessoa: Conpedi, 2015. v.1. p.95).

instrumento de merecimento de tutela do ato. Ora, nenhum direito pode ser considerado como absoluto.

Entendimento divergente do adotado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze foi defendido pelos Ministros Marco Buzzi e Nancy Andrighi.

O primeiro deles sustentou que o adimplemento substancial não contrasta com o Decreto-Lei n.º 911/1969 ou com o entendimento da Corte sobre a necessidade de que a purgação da mora se dê pelo pagamento da integralidade das parcelas devidas, vencidas e vincendas, uma vez que a boa-fé e a função social dos contratos deveriam incidir sobre qualquer tipo contratual.²³⁰

No mesmo sentido, a Ministra Nancy Andrighi apresentou voto no sentido de que a boa-fé deve nortear as relações contratuais, primando pela manutenção do contrato, devendo o credor se utilizar de meios menos gravosos para o devedor na busca pela satisfação de seu crédito. Segundo a magistrada, a incidência da teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária em garantia, ainda que sob a égide do Decreto-Lei n.º 911/1969, não pode ser descartada.²³¹

²³⁰ “Inegavelmente, a inviabilidade do deferimento liminar e manejo/prosseguimento da ação de busca e apreensão nas hipóteses em que verificado o adimplemento substancial da avença não contrasta i) com os ditames normativos regentes dos contratos garantidos por alienação fiduciária, vinculados ao Decreto-lei 911/69 acrescido das mudanças ocorridas pela Lei n.º 10.931/2004, tampouco com ii) o entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, em recurso repetitivo, acerca da inviabilidade de “purgação da mora” pelas parcelas vencidas, sendo necessário o pagamento da integralidade da dívida pelo devedor quando deferida a liminar, no prazo de 5 dias, sob pena de consolidação da posse do bem com o credor. A flexibilização e inviabilidade do deferimento liminar da busca e apreensão, em casos pontuais, quando verificado o adimplemento substancial, não se afigura incompatível com o decidido no repetitivo n.º 1.418.593/MS acerca da inexistência de purga da mora (necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente), notadamente porque os diplomas normativos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro são complementares entre si, sendo os princípios da boa-fé, da menor onerosidade e do adequado cumprimento da função social dos contratos o norte basilar da análise de qualquer procedimento previsto em legislação esparsa.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.18).

²³¹ « Sobreleva-se anotar que aqui não se descarta da preocupação de que a boa-fé objetiva deve nortear as relações negociais firmadas entre partes, primando pela manutenção do contrato quando a parcela do inadimplemento mostrar-se ínfima, motivo pelo qual seria prudente exigir que o credor buscasse o pagamento do que lhe é devido da forma menos onerosa ao devedor, como, inclusive, previsto na legislação processual civil para a hipótese de execução (art. 620 do CPC/73; e art. 805, caput e parágrafo único, do CPC/2015) [...] Também não se pode descartar a possibilidade de ser aplicável aos contratos de alienação fiduciária em garantia submetidos à égide do Decreto-Lei n.º 911/1969 a teoria do adimplemento substancial aliado a outros princípios orientadores de análise dos contratos. Contudo, na hipótese sob julgamento, em que se impediu o processamento da ação de busca e apreensão, não há como fazê-lo.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 232/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017, p.46).

Ocorre que, se de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Decreto Lei n.º 911/1969 realmente impossibilita a purga da mora, obrigando o devedor a pagar a integralidade do valor financiado, incluindo as parcelas vincendas, como aplicar o adimplemento substancial nesses casos, uma vez que a teoria pressupõe justamente a preservação do vínculo e, portanto, a oportunidade de purgar a mora?

Outra divergência levantada no acórdão versa sobre a ação de busca e apreensão importar ou não na resolução contratual. Para o Ministro Marco Buzzi, o credor, ao requerer a medida, estaria requerendo a extinção do vínculo, uma vez que retira o bem do devedor para aliená-lo e, com o resultado de sua venda, quitar a dívida existente.

Já para o Ministro Marco Aurélio Bellizze, a busca e apreensão seria um mecanismo de compelir o devedor a dar cumprimento às obrigações faltantes. Apenas nos casos em que o devedor não quitar a dívida a propriedade se consolidará nas mãos do credor. A Ministra Maria Isabel Gallotti defende, ainda, que o intuito da busca e apreensão é justamente dar cumprimento às cláusulas contratuais que outorgam ao credor a propriedade fiduciária do bem em caso de inadimplemento.

Se de um lado, a busca e apreensão não configura, por si só, a resolução contratual, também é inconteste que, instado a purgar a mora – leia-se, a totalidade das parcelas vencidas e vincendas – na hipótese de quedar-se inerte o devedor, a consolidação da propriedade nas mãos do credor para posterior alienação e satisfação do crédito devido, configura, sim, a extinção do contrato de compra e venda do bem.

Ocorre que a questão deve atentar para o fato de o contrato de alienação fiduciária abranger duas operações: a de compra e venda do bem, por meio de contrato de financiamento, e a de garantia do crédito emprestado.

O adimplemento substancial obsta a resolução do contrato e não a execução de determinada garantia. Ocorre que, nos casos de alienação fiduciária em garantia, o bem adquirido é a própria garantia, razão pela qual, nos casos de sua excussão, é o próprio contrato principal, garantido pelo bem, que perde o objeto.

Parece que a questão a ser colocada é a de verificar se a teoria incide a ponto de modular os efeitos da garantia prestada para o cumprimento do contrato substancialmente adimplido; se é possível considerar que a execução de determinada garantia configura exercício abusivo do direito quando o devedor, apesar de inadimplente, deixou de cumprir parcela de escassa importância, tornando-a medida desproporcional e notadamente prejudicial ao devedor.

Do panorama apresentado nesse capítulo, percebe-se que, apesar de numerosos, os critérios da aplicação do adimplemento substancial são subutilizados pelos julgadores quando da análise do caso concreto.

Buscando contribuir para a sistematização dos parâmetros existentes, o capítulo a seguir apresentará proposta de aferição do instituto no direito brasileiro.

3 PROPOSTA DE MÉTODO PARA AFERIÇÃO CONCRETA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A importância da proposta de critérios objetivos para a aferição do adimplemento substancial no caso concreto reside justamente em proporcionar maior segurança jurídica.²³² Com efeito, apesar de a segurança jurídica ser imperativo natural do direito contratual, as sanções à inexecução das obrigações surgem como uma espécie de exceção à regra, onde ainda resiste uma certa imprevisibilidade, em razão das normas fluidas que são colocadas ao arbítrio dos julgadores.²³³

Ocorre que, seja em razão da ausência de sistematização dos parâmetros encontrados tanto na doutrina quanto nos julgados, seja pela dificuldade de aplicação de alguns deles – como, por exemplo, o interesse útil –, o que se verifica é a opção pelo método mais prático e rápido, o que acarreta, por sua vez, o protagonismo do critério quantitativo.

²³² Nesse sentido, Thomas Genicon defende que *“L’objet premier de cette démarche dogmatique est certainement en effet d’assurer la sécurité juridique, entendue comme la nécessaire prévisibilité des règles de droit e de leurs application. Et il est bien évident qu’une définition préalablement arrêté des manquements susceptibles de conduire à la résolution est de nature à rassurer le justiciable, ainsi peut-être que le juge lui-même. »* Tradução livre: “O objetivo principal dessa abordagem dogmática é certamente garantir a segurança jurídica, entendida como a necessária previsibilidade das regras jurídicas e de suas aplicações. E é bastante evidente que uma definição previamente definida das falhas suscetíveis de levar à resolução do contrato tem a natureza de tranquilizar o jurisdicionado, da mesma forma que o próprio juiz.” (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.305).

²³³ Thomas Genicon: *“Alors même que la sécurité juridique apparaît comme un impératif naturel du droit des contrats, on est bien obligé de constater que les sanctions de l’inexécution apparaissent comme un îlot de résistance où subsiste inévitablement une relative imprévisibilité. Cela tient, dit-on avec raison, à ce intrinsèque (‘built-in flexibility’) et s’appuient souvent des notions floues laissées en réalité à la discrétion du juge, qui rendent pour cette raison difficile tout pronostic fiable. En somme, il est souvent très difficile de savoir à l’avance quelle situation ressortira exactement de l’inexécution. »* Tradução livre: “Mesmo que a segurança jurídica surja como um imperativo natural do direito dos contratos, somos obrigados a constatar que as sanções do inadimplemento aparecem como uma ilha de resistência onde subsiste inevitavelmente uma relativa imprevisibilidade. Isso se deve a essa flexibilidade intrínseca, que frequentemente depende de noções fluidas deixadas à discricionariedade do juiz, o que, por esse motivo, dificulta qualquer prognóstico confiável. Em suma, é muito difícil saber antecipadamente qual remédio aplicável à inexecução.” (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.306).

Diante desse cenário, busca-se suprir a lacuna existente e sistematizar a aplicação do adimplemento substancial, apontando critérios objetivos para a sua aferição no caso concreto.^{234,235}

Tal como ocorre com a verificação e quantificação do dano moral, não há como se traçar regras rígidas ou fórmulas exatas para o exame do instituto diante de um caso concreto. Também em razão das variadas circunstâncias que podem influenciar a análise de determinada hipótese, a eleição de um único parâmetro de aferição se mostraria insuficiente.

O que se propõe a seguir é a utilização de um sistema metodológico em que todos os critérios devem ser levados em consideração para a análise da caracterização do adimplemento substancial, abarcando assim as diferentes condicionantes que influem nessa avaliação.

3.1 Pressupostos para a caracterização do adimplemento substancial

Inicialmente, chama-se a atenção para a impossibilidade de fixação de critérios rígidos.²³⁶ Com efeito, trata-se de doutrina aplicável a diversos tipos contratuais que, mesmo em abstrato, já

²³⁴ Nesse sentido, destaque-se passagem de Thomas Genicon: “*Le propôs, on le sait, ne peut de formuler des règles pour définir un manquement résolutoire – pourquoi la doctrine ferait-elle le contraire de ce que qu’a voulu la loi ? Il s’agit beaucoup plus modestement de décrire les raisonnements et les choix des juges, souvent de façon incomplète, de tracer quelques lignes directrices, et peut-être de dégager une politique jurisprudentielle très générale.* » Tradução livre: “A proposta, como sabemos, não pode pretender formular regras para definir uma violação capaz de levar à resolução do contrato – por que a doutrina faria o contrário do que pretendeu a lei? Trata-se, muito mais modestamente, de descrever as razões e as escolhas dos juízes, frequentemente de modo incompletas, de traçar linhas diretivas, e talvez chegar a uma interpretação jurisprudencial geral.” (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.310).

²³⁵ Grande importância para a verificação ou não da incidência do adimplemento substancial no caso concreto diz respeito à análise dos fatos que, muitas vezes, demandará do jurista um olhar técnico, a interpretação do que as partes buscaram com determinada função, por meio de uma valoração factual. (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.319).

²³⁶ No mesmo sentido, defende-se a aplicação das normas da CISG: “A definição a partir do limite a partir do qual o contrato possa ser rescindido (ou seja, a relevância do inadimplemento), deve, necessariamente, se relacionar com as obrigações do contrato em particular e com o inadimplemento que de fato tenha ocorrido. Qualquer definição abstrata deve esperar críticas, se tratar (equivocadamente) a questão não como matéria a ser analisada conforme as circunstâncias, mas mediante a aplicação de fórmula segundo a qual todos os fatos possam ser ordenadamente acomodados.” (SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo, FRADERA, Vera; PEREIRA, Cesar A. Guimaraes. *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.528).

apresentam características próprias que os diferem entre si. Ademais, é inegável que mesmo entre obrigações que, em teoria, fazem parte de uma mesma categoria, o que a princípio atrairia a aplicação das mesmas regras, existem peculiaridades que podem transformar profundamente determinada obrigação.

Necessário apontar, também, que a verificação dos parâmetros se faz com base na realidade contratual no momento do requerimento de resolução do contrato. Diante do caráter dinâmico da relação obrigacional, circunstâncias posteriores à celebração podem transformá-la sensivelmente, modificando, inclusive, a importância de determinada obrigação para a universalidade do contrato. Em outras palavras: uma obrigação aparentemente acessória para determinada relação contratual pode, por força do comportamento das partes, da modificação da conjuntura na qual está inserida ou por diversos outros fatores, se tornar essencial. Da mesma forma, uma obrigação *a priori* tida como fundamental pode perder ou ter diminuída a sua relevância.²³⁷

Não cabe analisar a obrigação de forma estática, mas sim como um processo que se protraí no tempo e, como todas as demais relações, sofre interferências e pode se modificar.²³⁸ A aferição dos pressupostos para a incidência ou não do adimplemento substancial deverá levar esse aspecto em consideração, sob pena de a investigação partir de premissas equivocadas.²³⁹

²³⁷ Aline de Miranda Valverde Terra defende que “a dinamicidade da relação obrigacional impõe a constante avaliação sobre a essencialidade da obrigação na economia do contrato, que pode ser comprometida pelas vicissitudes a que se sujeita a relação. Nem mesmo no âmbito de um concreto negócio é possível afirmar que certa obrigação é ontologicamente essencial para a satisfação do interesse das partes. Circunstâncias posteriores podem alterar a qualificação da obrigação, que deixa de ser essencial e passa a ser secundária, a afastar a possibilidade de resolução extrajudicial da relação.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.79-80).

²³⁸ “*Ahora bien, por el hecho mismo de que em toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de esse fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación; así acontece cuando la prestación debida se haya hecho imposible, pero el interés del deudor em la prestación pueda ser satisfecho de outra forma, mediante indemnización. La satisfacción del acreedor se produce normalmente mediante cumplimiento del deber de prestación; pero puede producirse de outra forma, p. ej., mediante compensación (de modo que el acreedor compensado extingue una deuda propia) o mediante prestación subsidiaria consentida por el acreedor. La relación de obligación como um todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o odo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho em su interés en la prestación.*” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. T.1. p.39).

²³⁹ Nesse sentido, Giuseppina Psciotta defende que “*il riferimento dunque deve essere alla fase di creazione e conclusione del contrato, ma anche e soprattutto alla fase esecutiva e cioè a quell’equilibrio sinallagmatico determinatosi in tale momento, evidenziandosi peraltro che proprio un equilibrio così considerato può*

Feitas as ressalvas acima, o primeiro parâmetro de aplicação do adimplemento substancial a ser abordado é o interesse útil do credor na efetivação da prestação.

Por ser o instituto diretamente ligado ao conceito de inadimplemento, observa-se que parte da doutrina defende que os parâmetros de sua aplicação seriam os mesmos que diferenciam a mora do inadimplemento absoluto, ou seja, o interesse útil.²⁴⁰ Se a prestação, ainda que defeituosa, tiver utilidade para o credor, aplica-se a teoria. Caso o credor não tenha mais interesse útil naquela obrigação, afasta-se a sua incidência.

Com toda as vênias ao posicionamento defendido, entende-se que, apesar de extremamente importante, a verificação da utilidade da prestação para o credor não pode ser o único parâmetro utilizado para autorizar ou obstar a resolução do contrato.

Não se trata de afastar a necessidade de interesse útil para a caracterização do adimplemento substancial. Não se está a defender que, diante da inequívoca inutilidade da prestação, deve o credor permanecer vinculado a determinado contrato. Pelo contrário. Quando caracterizada a perda do interesse útil, o credor tem o direito à resolução do vínculo obrigacional.

Ocorre que, por tratar-se de conceito de difícil objetivação, na maior parte dos casos, a sua persistência em determinado contrato não será passível de aferição isoladamente, sendo necessário que o intérprete se valha de outros instrumentos para verificar se determinada relação

consentire la prosecuzione di un rapporto che altrimenti verrebbe a risolversi. In tal senso allora il giudice dovrà tenere conto delle circostanze di fatto e di una serie di elementi che spesso non sono immediatamente riconoscibili al regolamento contrattuale come previsto ab origine.” Tradução livre: “A referência, portanto, deve ser na fase de criação e conclusão do contrato, mas também e, sobretudo, na fase executiva e do equilíbrio sinalagmático determinado em tal momento, evidenciando que um equilíbrio assim considerado pode permitir a continuação de uma relação que, caso contrário, seria resolvida. Nesse sentido, o juiz deverá considerar as circunstâncias de fato e uma série de elementos que frequentemente não são imediatamente reconhecíveis pelo regramento contratual, como previsto *ab origine*.” (PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000. p.59).

²⁴⁰ Nesse sentido, Aline de Miranda Valverde Terra: “Trata-se do chamado adimplemento substancial, relativo às hipóteses em que a ‘discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado’ não impede a satisfação do interesse do credor, consubstanciado na realização do resultado útil programado. O conceito de adimplemento substancial equivale à ideia de que a deterioração da coisa nas obrigações de dar, para ensejar a recusa do credor em recebê-la, deve ser ponderável, porquanto não seria razoável que o credor pudesse enjeitá-la por uma deterioração de pouca monta [...]. Na realidade, a teoria do adimplemento substancial, ao afirmar que o descumprimento não significativo de abalo do sinalagma contratual não confere ao credor o direito à resolução, está a indicar, por outras palavras, que tal descumprimento não importa inadimplemento absoluto da prestação devida, pelo que não se lhe pode aplicar o efeito típico daquela espécie de inadimplemento. Deste modo, a teoria acaba por reafirmar o conceito de inadimplemento absoluto, entendido como o descumprimento que impossibilita a prestação devida para o devedor ou a inutiliza para o credor, e sugere a classificação daquele descumprimento de pouca importância como mora do devedor, no âmbito da qual também deve ser sopesada a compatibilidade entre a gravidade do descumprimento e os efeitos decorrentes do inadimplemento relativo”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.92 e 94).

deve ser extinta ou não. Apesar do crescente movimento pela sua objetivação, é inegável que o interesse útil apresenta, também, um caráter subjetivo, o que, de um lado, dificulta a sua verificação, e, de outro, torna possível que o credor dele se valha de forma abusiva.

Com efeito, a aferição da existência de interesse útil parece simples quando analisamos exemplos manualísticos, como o do vestido da noiva. Parece inquestionável que a entrega do objeto contratado após a realização do casamento fulmina de morte a utilidade da prestação. O mesmo não se verifica, no entanto, em contratos de prestações pecuniárias. Por se tratar de pagamento em espécie pode-se defender que o credor terá sempre interesse útil na manutenção do contrato, ainda que o devedor esteja em mora? Caso a mora persista, de forma reiterada e por tempo indeterminado, continua a prestação sendo útil para o credor? Em outras palavras, até quando o credor que faz jus ao recebimento de quantia em dinheiro pode se considerar obrigado a permanecer contratado junto a um devedor inadimplente?

Diante da dificuldade colocada, os autores buscam determinar o interesse útil, trazendo para o próprio conceito de utilidade da prestação, outros parâmetros, como, por exemplo, o tempo, o lugar, a forma, a boa-fé objetiva e a economia contratual. Apesar de a tentativa ser louvável e os resultados dos estudos serem de grande valia para a verificação, pelo intérprete, da existência ou não de interesse útil, na maior parte das hipóteses, estar-se-á diante de zona cinzenta, em que para a análise valorativa do direito à resolução será necessária a utilização de outros parâmetros.

Nesse passo, o que se propõe é que a verificação do interesse útil do credor em hipóteses que não sejam tão evidentes quanto, por exemplo, a da contratação de buffet entregue no dia seguinte da realização do evento, seja acompanhada do exame dos demais parâmetros.

Com efeito, a releitura do direito das obrigações à luz dos princípios e valores constitucionais amplia o objeto da relação jurídica para abranger o interesse também do devedor.²⁴¹

²⁴¹ Nesse sentido, TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.22-23. Cite-se, também, trecho de Gabriel Rocha Furtado: “Na hipótese resolutória motivada pelo inadimplemento absoluto – que é o objeto da presente investigação, o interesse do credor que se diz frustrado não pode ser analisado isoladamente, devendo harmonizar-se com todos os interesses envolvidos no contrato e objetivamente sintetizados na função negocial – inclusive os do devedor e, numa perspectiva mais ampla e profunda, os sociais.” (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p.37).

Também a importância das obrigações adimplidas e descumpridas pelo devedor deve ser levada em consideração, mas não por meio de uma análise meramente quantitativa. Diretamente relacionada ao interesse útil do credor, a aplicação desse critério deverá ter como referência a economia do contrato como um todo.

Outro fator de relevo – comumente deixado de lado nas decisões judiciais – é o comportamento de ambas as partes, seja do credor, seja do devedor inadimplente.²⁴² Tendo em vista que se trata de instituto que decorre da boa-fé objetiva²⁴³, seria, no mínimo, contraditório aplicar-se o adimplemento substancial em favor de contratante que não se porta de acordo com a referida regra.

Se, de um lado, a teoria busca impedir o comportamento abusivo do credor, de outro, não seria plausível que um contratante se valesse da própria torpeza para se beneficiar de instrumento que impede a resolução do contrato no qual apresentou, ou pior, continua apresentando, comportamento desleal.

Por fim, entende-se que também devem ser ponderadas as consequências advindas dos efeitos da manutenção do contrato ou de sua resolução, tanto para o credor quanto para o devedor. Deve-se analisar, no caso concreto, de um lado, se a manutenção de determinada relação contratual importará em sacrifícios extremos para o credor e, de outro, se a extinção da

²⁴² Não se trata de verificar se o devedor inadimplente agiu com culpa ou não, mas sim o seu comportamento durante toda a execução do contrato. Como destacado por Joel Filipe Lazzarin, deve-se indagar se “mostrou-se ele imbuído, desde o início, do espírito de cooperação preconizado pelo princípio? Deu mostras concretas de que sua intenção era cumprir a sua obrigação contratual, qual seja, pagar integralmente o preço ajustado, e que tal somente não lhe foi possível em razão das circunstâncias adversas indesejadas?” (LAZZARIN, Joel Felipe. Aplicação da teoria do adimplemento substancial segundo a baliza da boa-fé objetiva. *Revista Jurídica*, v.58, v.400, p.60, jan. 2011).

²⁴³ Nesse sentido, destaque-se trecho de Ruy Rosado de Aguiar Junior: “Para a resolução, como se vê, o princípio da boa-fé objetiva é de muita utilidade. Na verdade, ele hoje funciona como o fundamento de toda a resolução, assegura AULETTA. Auxilia na qualificação jurídica das condutas, desde as tratativas, e na sua influência para a compreensão do contrato em razão delas celebrado; ajuda na interpretação integradora das cláusulas contratuais e na apreciação dos comportamentos assumidos na vigência do contrato; é o critério decisivo para julgar a extinção da relação e orientar o juiz na determinação dos danos e na solução dos problemas surgidos com a necessidade de restituição das partes à situação anterior. A determinação do conteúdo da prestação principal, a avaliação do grau do incumprimento – para o reconhecimento da perda do interesse do credor –, a fixação dos deveres secundários, tudo há de ser feito sob a inspiração desse princípio vetor das relações negociais. Assim como pode fundamentar a extinção, em outros casos sua incidência impede o exercício do direito de resolução, como no adimplemento substancial, ou quando representa o abusivo exercício de uma posição jurídica, causadora de prejuízo grave ao devedor, sem a correspondente vantagem ao credor. [...] O contrato, em razão do seu dinamismo, propicia uma sucessão de comportamentos que devem ser vistos e analisados no seu conjunto. Muitas vezes, o incumprimento inicial da parte devedora pode ficar superado pelo seu esforço dirigido ao adimplemento, e só o princípio da boa-fé, com sua exigência de lealdade, fornece critério seguro para a compreensão jurídica das condutas.” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p.255-256).

obrigação acarretará prejuízos tão graves para o devedor, a ponto de caracterizar a resolução como abusiva.²⁴⁴

3.2 O tormentoso exame da existência do interesse útil do credor no contrato. Superação da verificação meramente subjetiva. Necessidade de análise da função do contrato

O interesse útil ou a utilidade da prestação²⁴⁵, são tidos atualmente como os pilares para a caracterização seja da mora, seja do inadimplemento absoluto. Consequentemente, as ideias a eles relacionadas estão diretamente ligadas à resolução contratual.

Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, quando ainda presente o interesse útil do credor na prestação defeituosa, não há que se falar em extinção do vínculo contratual, uma vez que se está diante de inadimplemento relativo. Caso, no entanto, por força do descumprimento acarretado pelo devedor, a prestação se prive de utilidade, configurado está o inadimplemento absoluto, o que faz nascer para o credor o direito a resolver a relação obrigacional.

Se, à primeira vista, essa construção parece de fácil assimilação, a realidade é bem diferente. O interesse útil ou a utilidade da prestação vêm sendo objeto de estudo de diversos juristas e, pelo menos no Brasil, não se parece ter chegado a um consenso sobre o seu conteúdo.

A dificuldade de objetivação do conceito²⁴⁶ é proporcional à sua importância para o Direito das Obrigações. Com efeito, diante da verificação, no caso concreto, de que determinada

²⁴⁴ A título ilustrativo, o Recurso Especial n.º 469.577/SC, ao julgar hipótese de busca e apreensão de bem dado em garantia em contrato de alienação fiduciária, entendeu que a medida era descabida levando em consideração, além do critério quantitativo – naquele caso menos de 20% da obrigação havia sido descumprida –, que o bem apreendido era essencial para a atividade empresarial do devedor, sendo a providência, portanto, abusiva. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 469.577/SC*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 25/03/2003. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 05/05/2003).

²⁴⁵ Para Gustavo Tepedino, os conceitos de interesse útil e utilidade da prestação se confundem: “a inutilidade da prestação deve ser apreciada à luz do concreto interesse perseguido pelo credor na relação obrigacional. A noção de interesse, confunde-se aqui com a utilidade da prestação para o credor”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. p.718).

²⁴⁶ V. FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p.29-36.

violação contratual configura mora ou inadimplemento absoluto, os efeitos daí decorrentes variam significativamente, chegando a gerar, nos casos mais extremos, a morte do contrato.

Esse conceito é de extrema importância também para a teoria do adimplemento substancial e o interesse útil é um dos parâmetros de aferição e o primeiro filtro para a sua aplicação diante do caso concreto.

Tradicionalmente, o interesse útil do credor em determinada obrigação era aferido subjetivamente, levando-se em consideração a vontade daquele contratante quando da celebração do contrato, os motivos que o levaram a entabular determinada negociação.

A doutrina voluntarista, no entanto, foi deixada de lado diante da grande incerteza e insegurança gerada pela investigação da vontade interior do credor, o que muitas vezes levava inclusive à extinção de contratos por meros caprichos do contratante. Busca-se, cada vez mais, a objetivação dessa aferição.^{247,248}

Importante salientar que, apesar de verificada de forma objetiva, não se nega à utilidade uma noção também subjetiva. Explica-se: apesar de negar-se juridicidade ao interesse individual e

²⁴⁷ Nesse sentido, pode-se destacar o enunciado n.º 162, formulado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser auferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo das partes.”

²⁴⁸ “Não se cuida de perquirir a vontade íntima do credor, sua intenção particular ao celebrar o contrato. Os motivos que levaram o agente a praticar determinado negócio jurídico, como indica o art. 140 do Código Civil, são irrelevantes para o direito; não importa para a ordem jurídica que, posteriormente à celebração do contrato, se frustrate a motivação subjetiva, interna e psicológica das partes. Em igual sentido, o rompimento do vínculo do obrigacional não pode depender da avaliação arbitrária do credor acerca da utilidade da prestação executada em inobservância à obrigação inserida na cláusula resolutiva expressa. O interesse do credor relevante para a configuração do inadimplemento é aquele objetivado no contrato, deduzível do programa negocial e das características do credor.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.125). No mesmo sentido, Gabriel Rocha Furtado defende que “embora se deva atentar par ao interesse em concreto de determinado credor na específica relação contratual, a aferição da utilidade da prestação há de ser feita com base em critérios objetivos, visualizando-se todo o programa contratual de fora, e não a partir da individual subjetividade do credor. Essa última hipótese, ao ensejar arbitrariedades e chancelar simples caprichos, é inadequada e deve ser afastada, sob pena de se sufragar e recair em vetusta orientação voluntarista. Indaga-se, em síntese, do interesse concreto do credor, mas objetivamente inserido na função contratual”. Ainda segundo o autor, “o juízo de utilidade da prestação passa pelo caminho no sentido inverso daquele que levou à instauração da mora, ou seja, pelo enfrentamento – de maneira não excludente – dos fatores elencados pelo art. 394 do Código Civil (tempo, lugar e forma), bem como pela análise da relação obrigacional em sua perspectiva dinâmica (a envolver o comportamento das partes contraentes). Tudo com o fito de se verificar se, ao fim e ao cabo, o sinalagma funcional teria sido rompido, caso em que se faria legítima a resolução do contrato.” (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p.127-129).

não declarado do credor, superando-se o voluntarismo extremo, não se deixa de verificar, no caso concreto, o interesse em concreto do contratante. Em outras palavras: a partir de critérios objetivos, deve-se verificar a existência de interesse para o credor da relação analisada e não para qualquer pessoa.²⁴⁹

O ponto nodal da questão se coloca exatamente nos critérios objetivos de apreciação do interesse útil do credor.²⁵⁰

²⁴⁹ Nesse sentido: Todavia, a apreciação da possibilidade ou impossibilidade de ser ainda cumprida a obrigação é decisiva, segundo o ensinamento comum, para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto, e esta distinção, por sua vez, é de magna relevância, já que umas são as consequências do inadimplemento absoluto, outras da mora. [...] Mas o elemento volicional não tem aqui, como também não tem em outros pontos do direito obrigacional, a importância que a miúde lhe atribuem. Para extremar a mora do inadimplemento absoluto havemos mister um critério de ordem econômica” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965. p.53-54); “Inútil para o credor, consoante os termos referidos no parágrafo único do art. 956, traduz uma noção subjetiva, e a inutilidade tem que ser deduzida pelo Juiz, de acordo com as circunstâncias, mas sempre tendo em vista o interesse do credor, como, por exemplo, se alguém encomenda uma árvore de Natal, e o devedor pretende realizá-la após decorrido aquele período. A inutilidade pode ainda ser objeto de regulamentação contratual, v. g., se as partes assim convencionaram, no caso da prestação deixar de ser realizada tempestivamente. O ônus da prova da inutilidade incumbe àquele que a alegar.” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955. v.2. p.442); “Embora o credor não possa agir por mero capricho, isto é, por valoração discricionária, a inutilidade da prestação deve ser apreciada à luz do concreto interesse perseguido pelo credor na relação obrigacional. A noção de interesse, confunde-se aqui com a utilidade da prestação para o credor. Assim deve ser interpretado o enunciado 162, aprovado na III Jornada de Direito Civil (2004), promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual ‘a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor’. Se o credor alegar que a prestação se tornou inútil em virtude da mora do devedor deverá provar este fato para rejeitá-la”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. p.718-719); “Não se cuida de perquirir a vontade íntima do credor, sua intenção particular ao celebrar o contrato. Os motivos que levaram o agente a praticar determinado negócio jurídico, como indica o artigo 140 do Código Civil, são irrelevantes para o direito; não importa para a ordem jurídica que, posteriormente à celebração do contrato, se frustrate a motivação subjetiva, interna e psicológica das partes. Em igual sentido, o rompimento do vínculo obrigacional não pode depender da avaliação arbitrária do credor acerca da utilidade da prestação executada em inobservância à obrigação inserida na cláusula resolutiva expressa. O interesse do credor relevante para a configuração do inadimplemento é aquele objetivado no contrato, deduzível do programa negocial e das características do credor. O interesse do credor na prestação que importa para a análise relativa ao cabimento do remédio resolutorio é aquele contemporâneo à declaração dirigida à resolução – e nem poderia ser diferente, já que a essencialidade da obrigação se liga diretamente à sua relevância para a satisfação do interesse do credor e está suscetível às vicissitudes de circunstâncias supervenientes”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.125).

²⁵⁰ Na França, defende-se que, para que um inadimplemento dê ensejo à extinção do vínculo contratual, é necessário que a resolução se mostre medida adequada e oportuna. A adequação se relaciona diretamente com a ausência de utilidade da prestação enquanto a oportunidade da resolução está ligada aos efeitos decorrentes da extinção do contrato para o devedor e para terceiros. No que toca à utilidade, considerada como a verdadeira diretriz para a verificação da existência ou não do interesse útil na prestação, a doutrina francesa se divide em três correntes: a primeira delas defende a investigação da utilidade convencional, consubstanciada naquela que as partes buscaram dar ao negócio quando da sua celebração; a segunda, se baseia na utilidade subjetiva,

Como exposto no primeiro capítulo, o Direito das Obrigações deve ser interpretado de forma funcionalizada, ou seja, de modo a assegurar que as relações obrigacionais atinjam a função, o objetivo esperado pelas partes. É sob essa diretriz que deverá ser analisado, portanto, o interesse útil do credor.²⁵¹

Nesse passo, não obstante se trate de conceito ainda mais debatido do que o do interesse útil do credor, é inevitável que se remeta o estudo deste tema à causa do contrato.²⁵²

relacionada diretamente ao interesse do credor na relação contratual; e a terceira tem por fundamento a utilidade objetiva, que consiste na busca da função do contrato a partir da análise do intérprete, tomando por base o conteúdo do contrato e das circunstâncias que a ele se relacionam. (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.315 e 340).

²⁵¹ Segundo Pablo Rentería, “a individualização da tutela de cada contrato deve partir igualmente da análise de seu perfil funcional, ou seja, além de questionar quem contrata e o quê, é preciso também investigar as razões do contrato, ou seja, as finalidades que as partes perseguem por meio da execução do contrato. Essa questão é de grande importância e, em certos aspectos, superior às outras, pois é ela que permite que se projete na tutela contratual os valores do ordenamento que são relevantes para aquele concreto regulamento de interesses.” (RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.298).

²⁵² A causa do contrato é tema bastante controverso. Apesar de sua extrema importância, sobretudo para a qualificação dos contratos na metodologia civil-constitucional, em razão da dificuldade em conceituá-la, muitos juristas preferem afastar sua aplicação. A dissertação, que não tem por objeto o tema em si, não explorará de forma profunda o assunto e, sem enfrentar detidamente os acirrados debates entre juristas de todo o mundo, adotará o conceito defendido por Salvatore Pugliatti, para quem a causa é a síntese dos efeitos essenciais do negócio. (PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico: Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951. p.111). Esse conceito de Pugliatti, embora com distinções acerca de termos daí derivados, como causa em concreto e em abstrato, tipo negocial e função social do contrato, foi introduzido, no Brasil, por Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes. Gustavo Tepedino defende que “Embora não prevista pelo Código Civil, não há como se negar a importância da causa nos negócios jurídicos, tomada, na lição de Salvatore Pugliatti, como ‘síntese dos efeitos jurídicos essenciais’, único meio de se estabelecer as distinções entre contratos e a consequente disciplina jurídica a ser aplicada”. (TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. T.1, p.131). De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, “embora a causa seja uma, ela cumpre três papéis diferentes mas interdependentes, daí a confusão em que se vê envolvido o termo: i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.1, p.12-18, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017). V. também SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v.54, p.65-98, abr./jun. 2013; e KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.43, p.33-75, jul./set. 2010.

Tomando-se a causa do contrato como síntese dos efeitos jurídicos essenciais pretendidos pelas partes com a consecução de determinado negócio, o interesse do credor estará preservado quando a prestação ainda for passível de desempenhar a função do contrato.²⁵³

Para aferir a utilidade da prestação de forma objetiva, e sempre à luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes na relação obrigacional²⁵⁴, a doutrina apresenta alguns parâmetros para a sua aferição.²⁵⁵ Matéria de fato, a ser analisada pelo intérprete em cada caso concreto, diz-se que a inutilidade pode decorrer da inobservância do tempo, do lugar e da forma ajustados para o cumprimento da obrigação.²⁵⁶

Entre os parâmetros apresentados, chama-se a atenção para o que parece trazer mais discussões práticas de aplicação, qual seja, a adequação temporal da prestação. Chegado o termo para o cumprimento da obrigação sem que ela seja entregue pelo devedor²⁵⁷, estará o devedor em mora. O problema que se coloca é quando essa mora, por tornar a prestação inútil, se converte em inadimplemento absoluto.

Em determinados contratos, o prazo de cumprimento é tão relevante que ele se torna essencial para a prestação satisfativa. Nesses casos, o tempo é elemento diretamente relacionado ao

²⁵³ “O interesse do credor se relaciona intimamente com o fim do negócio jurídico, concebido a partir da interação entre o fim de atribuição, ao qual normalmente se refere a teoria da causa, e o fim objetivamente perseguido pelo credor, que deve ser perceptível à outra parte. [...] atribui-se relevância à finalidade perseguida pelo credor sob o ponto de vista objetivo, a afastar do conceito de interesse, os motivos arbitrários que levaram o credor a estabelecer a relação jurídica, uma vez que não se manifestam socialmente de forma visível.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.54).

²⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.24, out./dez. 2007. O autor afirma, ainda, que “o interesse comum dos contratantes deixa de ser perquirido por instrumentos voluntarísticos – como a velha reconstrução ficcional da vontade originária das partes, tal qual pretendida pelo pensamento liberal-voluntarista, ou a nova sujeição do reequilíbrio à iniciativa do contratante favorecido, como quis a literalidade do art. 479 da nossa codificação civil – para ser aferido por meio de uma avaliação objetiva da possibilidade de realização da função concreta do contrato.” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.261).

²⁵⁵ Sobre o tema, v. Aline de Miranda Valverde Terra e Gabriel Rocha Furtado.

²⁵⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.121; FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p.81.

²⁵⁷ De acordo com o art. 397 do Código Civil, caso as partes estipulem prazo para a prestação, ultrapassado o termo sem a sua entrega, estará o devedor constituído em mora. De outro lado, caso não haja previsão expressa sobre o termo de cumprimento, deverá o credor constituir o devedor em mora por meio de interpelação.

interesse útil do credor na prestação²⁵⁸, de tal forma que, ultrapassado o prazo estipulado, a prestação não está mais apta a garantir o atingimento dos fins esperados pelas partes.²⁵⁹

A doutrina divide o termo essencial em subjetivo e objetivo.²⁶⁰ O subjetivo é aquele em que a essencialidade decorre do interesse útil do credor na prestação, que pode ser expressa ou tacitamente pactuada pelas partes no contrato.

Já o termo essencial objetivo decorre da própria natureza da prestação. Apesar de não previsto pelas partes, ele advém da própria economia da operação contratual, da função da obrigação. Cumprida após o prazo, a obrigação não seria apenas tardia, mas intrinsecamente diversa daquela pactuada.²⁶¹⁻²⁶²

A violação de termo essencial, portanto, é considerada como elemento a caracterizar, *a priori*, a perda de interesse útil. Diz-se *a priori* porque mesmo em hipóteses em que pactuado prazo essencial para a entrega da prestação, a existência de utilidade da prestação deverá ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, podendo o exercício de resolução, pelo credor, ser objeto de controle valorativo.²⁶³

²⁵⁸ “No termo essencial, o tempo serve de elemento indispensável à identificação da prestação, de tal sorte que, depois de seu advento, a coisa perde sua identidade jurídica, deixa de ser o objeto da prestação, razão pela qual passa a ser incapaz de realizar o interesse do credor. A modalidade cronológica assume importância determinante não como característica extrínseca, mas como intrínseca qualidade da coisa, de tal sorte que transcorrido o tempo, a coisa perde sua identidade, deixando, pois, de constituir a prestação devida.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.74-75).

²⁵⁹ “*Nel termine essenziale la puntualità della prestazione assume tale importanza da immedesimarsi nel termine stesso, nel senso che una prestazione di identico contenuto, ma non puntuale, non avrebbe l’efficacia di soddisfare il creditore: pertanto alla inosservanza del termine consegue ineluttabilmente la risoluzione del contratto*” Tradução livre: “No prazo essencial a pontualidade da prestação assume suma importância, no sentido de que uma prestação de idêntico conteúdo, mas não pontual, não teria a eficácia de satisfazer o credor: portanto, a inobservância do prazo leva à resolução do contrato”. (COLLURA, Giorgio. *Importanza dell’inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. p.129).

²⁶⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.75-76; COLLURA, Giorgio. *Importanza dell’inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. p.132.

²⁶¹ COLLURA, Giorgio. *Importanza dell’inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. p.133.

²⁶² Exemplo simples e amplamente apresentado nos manuais é o já citado acima, da contratação de costureira para a confecção de um vestido de noiva. O contrato só atingirá sua função caso o vestido seja entregue antes da celebração do casamento. Após o evento, ainda que o atraso seja mínimo, não há mais nenhuma utilidade na entrega do vestido.

²⁶³ Pode-se imaginar, por exemplo, que as partes tenham pactuado expressamente um prazo para o cumprimento de determinada obrigação e que, mesmo que o objeto tenha sido entregue com atraso, ainda apresente utilidade para o credor. A título exemplificativo, imagine-se que um buffet tenha sido contratado para a realização de determinado evento e que tenha sido estipulado que a equipe deveria chegar ao local para preparação cinco

Se diante de termo essencial a análise nem sempre é evidente, quando inexistente termo essencial, a caracterização da inutilidade é ainda mais delicada.²⁶⁴

O problema colocado pela questão da análise temporal também foi ilustrado acima: em casos de prestação pecuniária, em que o credor faz jus somente ao recebimento de quantia em dinheiro, a mora pode dar lugar a inadimplemento absoluto em razão do tempo decorrido entre a data em que o pagamento deveria ser feito e o momento em que é efetivamente realizado? Em outras palavras: é possível defender a inutilidade do recebimento de espécie, ainda que devidamente atualizada e com juros decorrentes da mora? Em caso positivo, existe um limite temporal apto a caracterizar essa inutilidade?

A resposta a esses questionamentos não é simples. Não parece adequado, no entanto, defender que toda e qualquer prestação pecuniária seja, indefinidamente, útil ao credor. Uma análise prévia, no entanto, do tempo necessário para desnaturar determinada obrigação, transformando-a em inútil, também se mostra equivocada, uma vez que somente pela análise casuística, levando-se em consideração as circunstâncias da hipótese e da relação obrigacional

horas antes do seu início, sob pena de resolução do contrato, para que os donos da festa pudessem tirar fotos no local antes da chegada dos convidados. No dia da festa, o buffet não chega no horário marcado e atrasa a preparação do evento, impedindo que os anfitriões sejam fotografados. Nesse caso, ainda que diante de descumprimento de prazo essencial, há direito de resolução por parte do credor? Seria possível sustentar que a extinção do vínculo configuraria abuso?

²⁶⁴ A título ilustrativo, Giovanna Benetti, ao tratar da CISG, relata que *“the decisions regarding delay in the delivery of the goods make a distinction between an essential term and a non-essential term for delivery, which would be determined in accordance with the circumstances of each case and would be influenced by multiple factors, such as the sale of seasonal goods, in which the date of delivery is extremely important because clothes manufactured for one season can hardly be worn in different season, for instance. With regards to the delay in payment, Graffi mentions that this delay is not normally understood as a factor that by itself may constitute a fundamental breach; there seems to be a different and more flexible standart if compared to the cases involving the seller’s delay in delivery of the goods. Accordingly, in the case of delay in payment, the seller could grant an additional time for the buyer to pay the price, so that, after this additional period of time, the seller would be able to declare the contract avoided irrespective of a fundamental breach (as it often difficult to determine when a delay in payment may constitute a fundamental breach).”* Tradução livre: “As decisões sobre o atraso na entrega de mercadorias fazem uma distinção entre o termo essencial e o termo não essencial para entrega, que seria determinado de acordo com as circunstâncias de cada caso e influenciado por múltiplos fatores, como a venda de bens sazonais, nos quais a data da entrega é extremamente importante porque roupas fabricadas para uma estação raramente podem ser usadas em uma estação diferente, por exemplo. Com relação ao atraso no pagamento, Graffi menciona que o atraso não é normalmente entendido como um fator que, por si só, pode constituir uma violação fundamental; parece haver um padrão diferente e mais flexível, se comparado aos casos envolvendo o atraso do vendedor na entrega dos bens. Nesse sentido, no caso de atraso no pagamento, o vendedor pode garantir um tempo adicional para o comprador pagar o preço, de modo que, depois desse período adicional, o vendedor estaria capacitado a declarar o contrato rescindido independentemente de uma violação essencial (tendo em vista a dificuldade em determinar quando o atraso no pagamento é violação essencial).” (BENETTI, Giovanna. *Criteria for application of a fundamental breach of contract in the CISG*. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Eds.). *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. The Hague, the Netherlands: Eleven, 2016. p.246).

em concreto, será possível estabelecer se o atraso no pagamento de quantia em dinheiro é capaz de perder a sua utilidade frente a um determinado credor.²⁶⁵

Exatamente em razão da dificuldade na verificação do interesse útil no caso concreto se chama a atenção para a necessidade de conjugação da análise desse parâmetro com os demais pressupostos para a caracterização do adimplemento substancial.

Isso porque, conforme demonstrado, a análise da utilidade de determinada prestação, embora em teoria pareça menos problemática, na prática, em razão da inafastável subjetividade que a permeia e das peculiaridades dos negócios jurídicos celebrados, cada vez mais complexos, se mostra, na maior parte dos casos, inexequível sem a utilização dos demais parâmetros.

A título ilustrativo, imagine-se, em casos de prestação pecuniária, em que a identificação da perda do interesse útil é extremamente debatida, a contribuição que a análise do comportamento das partes e das consequências advindas da relação contratual pode trazer para o julgamento de um caso concreto.

O comportamento do devedor que se mostra inerte e não demonstra nenhuma intenção de quitar seu débito influencia na resolução do contrato.²⁶⁶ De outro lado, diante de eventual gravidade e/ou desproporção das consequências advindas da resolução contratual para o devedor, a extinção do vínculo pode se configurar abusiva.

Em suma, não se descarta, em absoluto, a importância da avaliação do interesse útil para a incidência do adimplemento substancial. O que se afasta é a sua exclusividade como parâmetro de aferição da teoria, uma vez que, por se tratar de filtro muito amplo, a sua aplicação isolada é insuficiente.

Como o que se busca com o presente estudo é justamente objetivar os parâmetros de aferição da teoria, possibilitando que os intérpretes possuam elementos concretos, parece indispensável, quando não restar inequivocamente comprovada a perda da utilidade da prestação, a conjugação desse critério com os demais que serão expostos a seguir.

²⁶⁵ Defende-se, no entanto, que quanto menor o lapso temporal transcorrido desde o momento em que o pagamento deveria ter ocorrido, menor a chance de manutenção do interesse útil. (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p.96-97).

²⁶⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965. p.54-55.

3.3 A importância da obrigação inadimplida. Os critérios quantitativo e qualitativo

A importância da obrigação inadimplida é critério bastante utilizado pelos intérpretes na aferição do adimplemento substancial. No entanto, como demonstrado no capítulo anterior, apesar de reconhecida a necessidade de sua análise qualitativa, o parâmetro vem sendo aplicado por meio de verificação meramente quantitativa.

A análise da proporcionalidade entre a obrigação cumprida e o objeto do contrato para a verificação da substancialidade de determinado adimplemento é, sem dúvidas, bastante sedutora. Ao invés de investigar a causa do contrato e identificar o interesse útil a ser atingido, para, diante do caso concreto, verificar se determinado cumprimento defeituoso pode ou não ser classificado como de escassa importância, o julgador tem, à sua disposição, critério simples e objetivo: por meio de operação matemática, constata-se se determinado cumprimento atingiu o patamar entendido como suficiente a manter o contrato.

Embora, a um primeiro olhar, o critério pareça solucionar de forma rápida e efetiva os problemas relacionados à aplicação do adimplemento substancial, principalmente diante de prestações de cunho pecuniário, essa ideia não se sustenta sob uma análise um pouco mais crítica.

Em primeiro lugar porque, tendo em vista que os contratos são firmados com o objetivo de serem cumpridos em sua integralidade, seria um contrassenso defender indiscriminadamente que o cumprimento de qualquer parcela menor que 100% seria apto a afastar a resolução.

Ademais, em razão das peculiaridades de cada relação contratual, o inadimplemento, ainda que em proporções iguais, terá diferentes impactos, podendo, em determinada hipótese, configurar um descumprimento irrisório ou incapaz de ferir o sinalagma contratual, enquanto em outras importar na perda da função da obrigação como um todo. Se, de um lado, um descumprimento proporcionalmente ínfimo do contrato pode acarretar na perda do interesse do credor, de outro, também se pode afirmar que um descumprimento total da obrigação não configura inadimplemento absoluto.

Dois exemplos bastante simples ilustram de forma clara a insuficiência do critério quantitativo: uma atriz contrata uma estilista famosa para desenvolver vestido exclusivo que ela usará na noite da entrega do Oscar. Na noite do Oscar, no entanto, o vestido é entregue, mas sem o zíper, circunstância que impede a atriz de utilizá-lo na ocasião. Por mais que o zíper, comparado com o vestido, possa ser considerado, quantitativamente, parcela ínfima da obrigação contratada, quando analisado qualitativamente, percebe-se que a utilidade da prestação se esvaiu. Aplicando-se o critério meramente matemático para identificar a essencialidade do

cumprimento, se chegaria a conclusão de que a obrigação descumprida é de escassa importância, o que, nesse caso concreto, não corresponde à realidade dos fatos.

De outro lado, imagine-se que a atriz tenha contratado o mesmo vestido, com a mesma estilista, mas que a entrega estivesse prevista para o dia anterior à cerimônia do Oscar. Na data prevista, no entanto, a estilista deixa de entregar o vestido. Há, nesse caso, o descumprimento da totalidade da prestação devida. Ocorre que a estilista consegue entregar o vestido no dia seguinte, possibilitando que a atriz vista a peça no evento. Analisando-se a hipótese sob o viés meramente quantitativo, poder-se-ia imaginar que o descumprimento de 100% da obrigação jamais poderia configurar um inadimplemento de escassa importância. A análise qualitativa, no entanto, demonstra que, caso a prestação ainda possa ser entregue, ainda que de forma defeituosa – no caso em referência, com atraso –, mesmo o inadimplemento total pode ser considerado como de baixa relevância, mantendo-se a relação contratual.

Diante desse raciocínio, afigura-se arriscado consolidar entendimentos arraigados a percentuais ou parcelas cumpridas. Mesmo nos casos de inadimplemento apenas da última prestação de determinado contrato – hipótese repetidamente aventada pelos Tribunais para justificar a aplicação do adimplemento substancial –, não se deve deixar de analisar as particularidades da relação obrigacional e verificar se, efetivamente, naquele contexto, o descumprimento de parcela única não desnatura a obrigação.²⁶⁷

A análise quantitativa é insuficiente para a caracterização da substancialidade de determinado adimplemento.²⁶⁸

²⁶⁷ Giuseppina Psciotta defende que nem mesmo o descumprimento total de uma obrigação única pode, a priori, ser considerada como elemento suficiente para a resolução do contrato, devendo-se levar em consideração a repercussão desse inadimplemento sobre o contrato como um todo: *“La menzionate scelte legislative servono da spunto alle Corti per affermare che proprio in relazione all’interesse della controparte, anche l’inadempimento totale dell’unica prestazione dedotta nel contratto non può considerarsi, a priori, in senso assoluto ed automatico come determinante della risoluzione del contratto, mas che sarà compito del giudice di merito valutare in concreto l’incidenza di tale inadempimento sull’intero contratto.”* Tradução livre: “As escolhas legislativas mencionadas motivaram as Cortes a afirmarem que, precisamente em relação ao interesse da parte contrária, também o inadimplemento total da única prestação deduzida no contrato não pode ser considerada, a priori, em sentido absoluto e automático, considerado como determinante para a resolução do contrato, mas sim que o juiz terá o dever de valorar em concreto a incidência de tal inadimplemento sobre a totalidade do contrato.” (PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000. p.64-65).

²⁶⁸ *“Ovviamente non è, quello della proporzionalità, il solo criterio: altrimenti, se l’inadempienza fosse de valutare solo mettendo in rapporto la parte inadempita con l’intera prestazione dovuta, dovrebbe ricavarsi che l’inadempimento totale è sempre grave agli effetti di quanto è previsto dall’articolo in commento. In vero però concorrono, a determinare la gravità, anche gli altri elementi dei quali si farà cenno in seguito.”* Tradução livre: “Obviamente não é, aquele da proporcionalidade, o único critério: ao contrário, se a

Thomas Genicon defende que esse critério de avaliação, segundo o autor, de razoável simplicidade, seria o primeiro a merecer a atenção do intérprete. Bastaria a comparação da prestação devidamente adimplida com aquela descumprida.

Apesar de sua objetividade, o autor corrobora o entendimento aqui defendido, ao sustentar a sua insuficiência. Com efeito, como demonstrado no capítulo anterior, não é possível estabelecer, previamente, um patamar numérico que sirva de norte para a verificação de um inadimplemento relevante ou não.

Uma inexecução de parte mínima do contrato pode configurar inadimplemento absoluto, fazendo se esvaír todo o interesse útil do credor em determinada prestação, enquanto o descumprimento quase total do contrato, por sua vez, poderá ser sanado, afastando-se a extinção do vínculo contratual.²⁶⁹

A importância de determinado adimplemento terá que ser, sobretudo, qualitativa, isto é, funcional, levando-se em consideração o que as partes buscam com determinado arranjo contratual.

Essa análise qualitativa da importância da obrigação adimplida – e também daquela descumprida –, para fins de aplicação do adimplemento substancial, está diretamente ligada com o primeiro parâmetro apontado, de existência ou não de interesse útil do credor na obrigação. Considerados os elementos da fase de criação, conclusão e execução do contrato, e qualificado o instrumento em questão, deve-se perquirir se determinado inadimplemento é relevante na economia do contrato.²⁷⁰

inadimplência devesse ser valorada apenas considerando a parte inadimplida com relação à toda a prestação devida, dever-se-ia estabelecer que o inadimplemento total é sempre grave para os efeitos do que é previsto pelo artigo em questão. Na verdade, concorrem, para determinar a gravidade, também outros elementos que serão destacados a seguir.” (NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.10).

²⁶⁹ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.320-321.

²⁷⁰ “In questa indagine, il primo elemento del quale viene da tenere conto è dato indubbiamente dal valore della prestazione inadempita, da rapportarsi, secondo un criterio di proporzionalità, al valore globale delle prestazioni reciprocamente dovute. Ed in vero il riferimento al valore oggettivo della prestazione inadempita consente di misturare, dell’inadempimento, la sua efficienza causale circa la sorte del contratto, cioè consente di verificare se vi sia stata ai danni dell’altra parte una sensibile alterazione dell’equilibrio sinallagmatico, in danno della causa contrattuale edel comune intento delle parti, col risultato sostanziale di considerare rilevante quell’inadempimento di tale entità che la parte adempiente, se lo avesse previsto, no avrebbe stipulato.” Tradução livre: “Nessa indagação, o primeiro elemento que deve ser considerado é tido sem dúvidas pelo valor da prestação inadimplida, devendo-se identificar, segundo um critério de proporcionalidade, o valor global das prestações reciprocamente devidas. E, na verdade, a referência ao valor objetivo da prestação inadimplida permite misturar, do inadimplemento, sua eficiência causal acerca do destino do contrato, isto é, permite que se verifique se pelos danos provocados pela outra parte houve uma sensível alteração do equilíbrio sinalagmático, em prejuízo da causa contratual e da intenção comum das

Leva-se em consideração a manutenção do sinalagma contratual: a importância de eventual cumprimento defeituoso para fins de manutenção do vínculo contratual deverá ser aferida com base na finalidade que as partes pretendiam atingir com a celebração de determinado contrato.

Pouco importa, para essa avaliação, se a obrigação descumprida é principal ou acessória²⁷¹; se decorre da vontade das partes ou da boa-fé objetiva, se o inadimplemento é total ou parcial.

Deve-se analisar, de acordo com as peculiaridades do contrato, se a parcela cumprida do contrato é capaz de manter o vínculo de correspectividade da relação; se a causa do negócio jurídico, ainda que adimplido de forma deficiente, se mantém.^{272,273}

partes, com resultado substancial no sentido de dever ser considerado relevante o inadimplemento de tal importância que a parte adimplente, se o tivesse previsto, não teria estipulado.” (NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.10).

²⁷¹ “*Si è altresì precisato che per la valutazione della gravità dell’inadempimento è irrilevante che si tratti di obbligazioni principali od accessorie.*” Tradução livre: É igualmente apontado que para a valoração da gravidade do inadimplemento é irrelevante que se tratem de obrigações principais ou acessórias. (PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*: Delle obbligazioni. Bologna: Zanichelli, 1991. Libro Quarto. T.1. p.746).

²⁷² Nesse sentido: “parece desnecessário justificar com o princípio da conservação do negócio o fato de ser indispensável que a inexecução atinja obrigação correspectiva para acarretar a resolução, sendo suficiente afirmar que o seu descumprimento, porque essencial para o negócio o adequado cumprimento, rompe o vínculo de correspectividade (ou de sinalagmaticidade), retira a “justificativa causal” do negócio e impede a realização dos efeitos dele decorrentes. O conceito de correspectividade, insista-se, refere-se ao nexo que liga indissolúvelmente as prestações contratuais de modo que cada uma é causa da outra”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.1, p.17, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

²⁷³ As Cortes Italianas já se pronunciaram sobre o tema, nos seguintes termos: “*la gravità dell’inadempimento deve essere considerata più che in relazione alla sua rilevanza oggettiva, all’importanza che essa assume riguardo all’interesse che l’altra parte intende realizzare e che può assurgere, prescindendo da una valutazione economica, ad elemento fondamentale di valutazione, in quanto si pone come causa di turbamento delle pattuite prestazioni corrispettive*” e que “*ai fini della risoluzione del contratto l’importanza dell’inadempimento deve essere tale da turbare sensibilmente l’equilibrio economico del rapporto*”. Portanto, “*non tutte le inadempienze contrattuali danno luogo alla risoluzione del contratto, ma soltanto quelle di non scarsa importanza in relazione all’interesse dell’altro contraente ed il relativo accertamento, riservato alla valutazione discrezionale del giudice del merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove sia congruamente e logicamente motivato.*” Tradução livre: “A gravidade do inadimplemento deve ser considerada, mais do que em relação a sua relevância objetiva, à importância que essa assume com relação ao interesse que a outra parte pretende realizar e que pode se insurgir, prescindindo de uma valoração econômica como elemento fundamental de valoração, enquanto se põe como causa de perturbação das correspectivas prestações pactuadas e que, para os fins da resolução do contrato, a importância do inadimplemento deve ser capaz de perturbar sensivelmente o equilíbrio econômico da relação. Portanto, nem todos os inadimplementos contratuais geram a resolução do contrato, mas apenas aqueles de não escassa importância em relação ao interesse do outro contraente e a sua verificação, reservada à valoração discricionária pelo juiz de mérito, é incensurável quanto à legitimidade, quando coerente e logicamente motivada.” (PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffré, 2000. p.60-61).

3.4 **Necessária análise do comportamento das partes durante toda a fase de negociação e de execução do contrato. Comportamento do credor e a legítima expectativa criada para o devedor. Comportamento do devedor**

Como se demonstrou no primeiro capítulo, a obrigação é, em realidade, um processo dinâmico, que se protraí no tempo, dirigido à satisfação do interesse útil do credor, durante a qual, as partes devem observar a boa-fé objetiva.

Em outras palavras: o comportamento das partes, durante todas as fases contratuais, deve se pautar nos limites impostos pela cláusula geral, dirigindo a relação obrigacional à consecução dos interesses contratados.

Se o comportamento das partes é imprescindível para o atingimento da prestação satisfativa, é, também, inegável a sua importância como critério de aferição para a incidência do adimplemento substancial.²⁷⁴

Lembre-se que o instituto tem fundamento na boa-fé objetiva, cláusula geral que busca garantir o atingimento da finalidade do negócio jurídico entabulado pelas partes, protegendo as legítimas expectativas dos contratantes.

Como manifestação de vontade das partes, o comportamento dos contratantes incide diretamente sobre o objeto da própria obrigação, podendo, inclusive, modificá-lo após a conclusão do contrato.²⁷⁵

²⁷⁴ “Outro fator que precisa ser levado em consideração é o comportamento dos contratantes durante toda a atividade contratual, inclusive durante a fase pré-negocial. A preocupação neste aspecto está voltada à tutela da confiança existente entre o credor e o devedor, sustentada em uma legítima expectativa de que o comportamento adotado pelos contratantes ao longo de toda a relação não será bruscamente alterado, o que representaria indevida contradição.” (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p.108-109).

²⁷⁵ “*Corollario di questo ragionamento è il ricorso al principio di buona fede perché ‘idoneo ad evidenziare il concetto che l’equilibrio raggiunto riposa su di un ordine di valori diverso da quello che ha trovato espressione nel contratto’. Il richiamo al principio di buona fede nonché il riferimento alla regola della correttezza nell’esecuzione del contratto rendono possibile l’esatta considerazione da un lato del regolamento contrattuale nell’ambito di una valutazione complessiva del contenuto dello stesso e dall’altro di tutte le circostanze sopraggiunte, di carattere oggettivo o dovute al comportamento delle parti.*” Tradução livre: “Corolário deste raciocínio é o recurso ao princípio da boa-fé, porquanto apto a evidenciar o conceito que o equilíbrio obtido repousa em uma ordem de valores diversa da prevista no contrato. A referência ao princípio da boa-fé, como também à regra da correção na execução do contrato tornam possível a exata consideração, de um lado, do regramento contratual no âmbito de uma valoração de todo o conteúdo do próprio contrato e, de outro, de todas as circunstâncias adicionais, de caráter objetivo ou que decorrem do comportamento das partes.” (PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000. p.59).

O credor que, durante a relação obrigacional, apresentar comportamento que, apesar de contrário aos ajustes entabulados, crie, no devedor, expectativa legítima de que a obrigação, ainda que descumprida, não terá o condão de extinguir o contrato, não poderá se valer da resolução contratual.²⁷⁶

É o caso, por exemplo, do credor que, diante do descumprimento contratual do devedor, deixa de requerer a extinção do contrato e dá continuidade à sua execução. Segundo Luca Nanni, a parte que não reage ao descumprimento imputável ao devedor, o constituindo em mora ou requerendo a resolução contratual, demonstra que não considerou como suficientemente grave o inadimplemento de seu co-contratante.^{277,278}

A título exemplificativo, faz-se referência ao julgamento do recurso especial de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, citado no segundo capítulo, que versa sobre contrato de seguro em que a seguradora negou o pagamento da indenização sob o fundamento de que a última prestação do prêmio não estava quitada na data do sinistro.²⁷⁹

²⁷⁶ “ *Gli elementi che si trovano più spesso presi in considerazione – da soli o in combinazione tra di loro – sono altri: l’obiettivo discrepanza tra il valore dell’utilità ricevuta dal creditore e quella che gli era effettivamente dovuta, e in questo senso l’alterazione dell’ “equilibrio sinallagmatico” delle prestazioni dedotte in scambio; la brevietà del ritardo, o della durata del comportamento tenuto in violazione di un’obbligazione di non fare; il contegno delle parti anteriore o successivo all’inadempimento in questione; e, in particolare la tolleranza manifestata dal creditore omettendo di sollecitare l’adempimento e, per protratto tempo, di domandare la risoluzione, o ancora addirittura – indice più “pesante” – dando o continuando a dare esecuzione al contratto.*” Tradução livre: “Os elementos que são frequentemente levados em consideração – sozinhos ou em combinação entre si – são outros: a objetiva discrepância entre o valor da prestação recebida pelo credor e por aquela que lhe era efetivamente devida, e, neste sentido, a alteração do “equilíbrio sinalagmático” das prestações deduzidas em troca; a brevidade da demora ou da duração do comportamento tido em violação de uma obrigação de não fazer; a conduta das partes antes ou depois do inadimplemento em questão; e, particularmente, a tolerância manifestada pelo credor ao deixar de solicitar o adimplemento e, continuamente no tempo, de demandar a resolução ou, ainda, – indício mais forte – executando ou continuando a executar o contrato.” (GABRIELLI, Enrico. *Commentario del Codice Civile: Dei contratti in generale*. Torino: UETT Giuridica, 2011. p.431).

²⁷⁷ NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.21.

²⁷⁸ No mesmo sentido: “Para essa avaliação o comportamento do credor assume particular relevância, sobretudo após a inexecução da obrigação, porque pode servir de indício do quão grave é a lesão ao seu interesse: sua tolerância em relação à impontualidade da prestação, admitindo seu posterior cumprimento ou executando a prestação que lhe incumbia em vez e pleitear a resolução, indica que a lesão a seu interesse não foi séria o suficiente, ao menos naquele momento, a ponto de configurar inadimplemento absoluto.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.125-126).

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 76.362/MT*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 11/12/1995. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ. 01/04/1996.

Naquela hipótese, o valor total do prêmio havia sido dividido em quatro parcelas e, segundo as informações constantes do acórdão, o pagamento da segunda e da terceira cotas havia sido efetuado com atraso, o que, por sua vez, havia sido autorizado pela seguradora. A tentativa de quitação da quarta parcela, que ocorreu após a data do vencimento – e também do sinistro –, foi negada.

O Ministro Relator aplicou ao caso a teoria do adimplemento substancial para julgar procedente o pedido de indenização formulado pelos segurados. Para o que aqui interessa, levou-se em consideração o comportamento adotado pela seguradora ao longo do contrato, entendendo-se que, ao reiteradamente aceitar o pagamento com atraso, a empresa havia criado legítimas expectativas para os contratantes, não podendo, dessa forma, negar o recebimento da última parcela nas mesmas condições, “apenas porque agora interessava à credora caracterizar a mora”.²⁸⁰

Se é verdade que a tolerância do credor, diante do inadimplemento do devedor, pode configurar a abusividade da resolução contratual em determinadas hipóteses, não se pode tomar essa circunstância como critério absoluto para afastar a extinção do vínculo.

Há casos em que a mora do devedor, apesar de relevada pelo credor durante certo período, em razão do lapso temporal, do reiterado descumprimento, ou de outras circunstâncias que incidam sobre a relação, a torne extremamente prejudicial à consecução dos fins almejados, modificando o cenário fático inicial e autorizando a resolução do contrato.^{281,282}

²⁸⁰ Entendeu a 4.^a Turma do STJ que “o reiterado comportamento da seguradora, em receber as prestações com atraso, justificara a expectativa da segurada de que o mesmo aconteceria em relação à última prestação. Sabe-se que o modo pelo qual o contrato de prestação duradoura é executado, naquilo que contravém ao acordado inicialmente, pode gerar a modificação da relação obrigacional, no pressuposto de que tal mudança no comportamento corresponde à vontade atual das partes. Se o recebimento das prestações atrasadas constituía prática constante da credora, admitida enquanto significava ingresso de recursos, não pode ser desprezada quando do último pagamento, persistindo as mesmas circunstâncias, apenas porque agora interessava à credora caracterizar a mora.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 76.362/MT*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 11/12/1995. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ. 01/04/1996, p.4).

²⁸¹ NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento*. Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1. p.21.

²⁸² “De todo modo, a tolerância é somente mais um dado fático a se somar ao conjunto de elementos que serve à aferição da gravidade da lesão ao interesse do credor. Trata-se, como se afirmou, de indício, e não de prova absoluta e incontestável da conservação da utilidade da prestação, que deve ser cotejada com as demais circunstâncias do negócio, sobretudo com outros eventos supervenientes. Lembre-se, por exemplo, que a perpetuação da mora pode jogar por terra o interesse do credor e autorizar a resolução extrajudicial, por quebra do sinalagma.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.126).

De outro lado, não se pode chancelar o comportamento do devedor que, a seu turno, não observa a boa-fé objetiva. É o caso, por exemplo, do devedor que, instado diversas vezes a purgar a mora, queda-se inerte sem qualquer justificativa ou mesmo apresentação de outros meios de satisfação do interesse do credor.²⁸³

Traz-se à baila, novamente, o Recurso Especial n.º 1.051.270/SP²⁸⁴, em que foi Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, em que o voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha chama a atenção para a importância do parâmetro ora comentado. Segundo o magistrado, o fato de o devedor ter deixado de pagar as prestações, deixando ao menos cinco delas em aberto, somado à ausência de qualquer manifestação no sentido de efetuar o pagamento da soma restante ou oferecer algum bem em garantia, demonstram que o contratante não agiu dentro dos ditames da boa-fé objetiva, o que exclui o seu direito a obstar a resolução contratual com base no adimplemento substancial.²⁸⁵

²⁸³ *“ai fini della determinazione della gravità dell’inadempimento, quale presupposto essenziale per la risoluzione del contratto a norma dell’art. 1455 c.c., deve effettuarsi un’indagine unitaria coinvolgente tutto il comportamento del debitore, desumibile dalla durata della mora e dal suo eventuale protrarsi, nonché una valutazione oggettiva della ritardata o mancata prestazione con riferimento all’interesse dell’altra parte all’esatto adempimento.”* Tradução livre: “Para a determinação da gravidade do inadimplemento, pressuposto essencial para a resolução do contrato do art. 1.455 CC, deve ser feito um estudo unitário que envolva todo o comportamento do devedor, deduzível da duração da mora e de eventual postergação, bem como uma valoração objetiva da demora ou falta da prestação, com relação ao interesse da outra parte ao exato adimplemento.” (PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000. p.62).

²⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1051270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011.

²⁸⁵ Para o Ministro João Otávio de Noronha, “outra questão a considerar é a equidade de interesses e predisposição das partes para o positivo cumprimento do contrato, porquanto a boa-fé objetiva opera em duas direções e subsume-se na própria atuação dos contratantes, não se esgotando na conduta de confiança e lealdade do credor, pois também requer do devedor igual padrão de comportamento, da celebração à execução do contrato. [...] ainda que o parâmetro matemático seja apto a aferir o adimplemento substancial, como tem entendido a jurisprudência pátria, é também necessário que, como elemento qualitativo, no dizer de Anderson Schreiber (A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007), o juiz, no exercício do seu poder-dever jurisdicional de investigar os fatos e aplicar o direito, avalie a atuação das partes credora e devedora no cumprimento das prestações previstas no pacto obrigacional, na busca do equacionamento de possíveis desequilíbrios contratuais, enfim, no diligente propósito de resolver o negócio jurídico”. E prossegue: “em se tratando de discussão sobre valores contratuais, certamente o réu poderia envidar esforços no sentido de quitar o débito por ele mesmo reconhecido, tornar explícita a pretensão de dispor de algum bem ou de bens passíveis de penhora ou ainda usar dos meios judiciais também hábeis à solução do litígio, tais como propor ação de consignação em pagamento da fração que julgue incontroversa. [...] Não havendo, na espécie, a demonstração seja do mínimo interesse do devedor em cumprir a integralidade das prestações, seja da inviabilidade de adoção de atos concretos para o adimplemento, seja de justo motivo que o impediu de pagar as parcelas sucessivas e vencidas do contrato, não é legítimo nem lícito que o credor seja obrigado a esperar indefinidamente o cumprimento da obrigação, ficando privado de receber seu crédito sem direito à resolução contratual, até mesmo diante do improvável alcance de resultado prático em futura ação de cobrança

Parece acertada a posição adotada pelo Ministro João Otávio de Noronha no sentido de que, ainda que o contrato tenha sido, em análise quantitativa, substancialmente cumprido, não se pode deixar de levar em consideração a falta de diligência do devedor durante a sua execução, sob pena de privilegiar-se, com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, comportamento a ele contrário.

Diante dessas considerações, deve-se utilizar como parâmetro de aferição da incidência do adimplemento substancial o comportamento das partes, durante toda a relação contratual.

ou executória contra o devedor. Considerando o equilíbrio material do negócio jurídico em concreto, convém analisar se a parte devedora agiu, até o instante do inadimplemento, com boa-fé objetiva, passível de ser aferida com base no comportamento de zelo para com suas obrigações desde o nascedouro, na execução e preservação do contrato quanto aos deveres e direitos dele decorrentes”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.051.270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011, p.16-21).

3.5 Ponderação das consequências advindas para o credor, com a manutenção do pacto, e para o devedor, com a resolução do contrato

Por fim, o último critério proposto é o da ponderação das consequências decorrentes do remédio aplicável para os contratantes: seja o da resolução contratual, seja o da manutenção da relação obrigacional. A ideia é que, em atenção à boa-fé objetiva, com base no critério da proporcionalidade entre o remédio aplicável e o descumprimento em si²⁸⁶, a medida utilizada seja a menos prejudicial possível para as partes.²⁸⁷

Em doutrina e decisões judiciais, encontra-se referência à necessidade de verificar no caso concreto se, no lugar da resolução contratual, há meio de garantia do crédito do contratante

²⁸⁶ Sobre a importância do princípio da proporcionalidade como controle do merecimento de tutela, transcreve-se lição de Pietro Perlingieri: “*Il principio di proporzionalità, assumendo portata generale nel sistema, è destinato a svolgere un ruolo ben maggiore sia nell’interpretazione contrattuale, riempiendo di contenuti la stessa interpretazione secondo equità, sia nel delicato controllo di meritevolezza delle clausole contrattuali e dell’intero assetto negoziale sia infine nel più ampio processo di individuazione della normativa da applicare al caso concreto. [...] Il fenomeno dell’integrazione contrattuale, ben collegato al principio di conservazione, si traduce sempre più nella prevalenza del raggiungimento del risultato e quindi dell’esecuzione specifica rispetto alla risoluzione e al risarcimento.*” Tradução livre: “O princípio da proporcionalidade, assumindo alcance geral no sistema, destina-se a desenvolver um papel bem maior seja na interpretação contratual, preenchendo a própria interpretação segundo a equidade, seja no delicado controle de merecimento das cláusulas contratuais e de toda a sistematização negocial, seja, por fim, no mais amplo processo de identificação da normativa a ser aplicada no caso concreto. [...] O fenômeno da integração contratual, ligado ao princípio da conservação, traduz-se sempre mais na prevalência do atingimento do resultado e, portanto, da execução específica do que a resolução e o ressarcimento.” (PERLINGIERI, Pietro. *Nuovi profili del contratto*. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del diritto civile*. Áples: ESI, 2003. p 431 e 437).

²⁸⁷ Nesse sentido, defende Thomas Genicon que “*alors même que le manquement semble mériter que le contrat soit anéanti, certaines considérations particulières peuvent inciter le juge à refuser la résolution. L’inexécution a compromis l’utilité du contrat, elle mérite d’être punie, elle cause un préjudice important au créancier, autant de raisons, on l’a vu, qui conduisent le juge, dans un premier mouvement, à considérer que la destruction du contrat est une réponse adéquate au manquement. Pourtant, à raison des circonstances, il peut arriver qu’il retienne finalement encore préférable de le maintenir, fût-ce au prix d’un certain déséquilibre. En somme, alors même que l’inexécution est suffisamment importante pour que la résolution lui soit une réponse utile, il peut apparaître au juge, au dernière analyse, que la destruction du contrat ne sera pas une mesure opportune.* » Tradução livre: “mesmo que a violação pareça justificar que o contrato seja extinto, certas considerações particulares podem levar o juiz a recusar a resolução. A inexecução que compromete a utilidade do contrato, que deve ser punida, que causa um prejuízo significativo ao credor, com muitas razões, como vimos, conduzem o juiz, em um primeiro momento, a considerar que a extinção do contrato é uma resposta adequada ao inadimplemento. Porém, devido às circunstâncias, pode acontecer que ele considere que seja melhor mantê-lo, ainda que ao preço de certo desequilíbrio. Em suma, ainda que o inadimplemento seja suficientemente importante para que a resolução seja uma resposta adequada, o juiz pode entender, em última análise, que a extinção do contrato não será uma medida oportuna.” (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.358).

adimplente, menos gravoso para o devedor.²⁸⁸ A título ilustrativo, pode-se observar que o Código de Processo Civil prevê em seu artigo 805 que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

O que se propõe é que esse critério seja alargado, abrangendo os interesses de ambas as partes: deve-se verificar a gravidade das consequências decorrentes, seja da resolução, seja da manutenção do contrato, não só para o devedor, mas também para o credor. Por meio de um juízo de ponderação entre os efeitos, recorre-se, quando possível, àquela menos gravosa.²⁸⁹

Há que se examinar, no caso concreto, as peculiaridades do contrato e dos próprios contratantes, levando-se em consideração não só o instrumento firmado, as características das partes, mas também o contexto em que se insere determinada relação obrigacional.

²⁸⁸ “Neste contexto, o direito à resolução do contrato, laconicamente mencionado no art. 475 do Código Civil de 2002, perde a feição (que lhe vem normalmente atribuída) de uma alternativa ao arbítrio do credor para se converter em *ratio extrema*, cujo exercício pode ser obstado sempre que remédios menos nocivos estiverem ao alcance do seu titular.” (SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.25, out./dez. 2007). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.051.270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 272.739/MG*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 01/03/2001. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 02/04/2001, p.299; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.200.105/AM*. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Julgamento: 19/06/2012. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 27/06/2012.

²⁸⁹ O juízo de proporcionalidade entre os efeitos do remédio aplicável ao inadimplemento e o descumprimento em si é tratado por Pietro Perlingieri: “*La proporzionalità rileva anche in tema di scelta tra risoluzione e riduzione, e nella valutazione della gravità dell’inadempimento [...]. Nel sistema dell’ordinamento vigente la proporzionalità diventa un principio, componente dell’ordine pubblico costituzionale, in quanto compatibile, anzi attuativo di principi costituzionali. [...] Quindi, tra l’interesse leso per la violazione dell’obbligo e la sanzione pecuniaria, nel nostro sistema, vige un principio di proporzionalità, norma imperativa, la quale fa parte di un ordine pubblico economico, costituisce un interesse primario dell’ordinamento e, pertanto, assolve una funzione di controllo sugli atti di autonomia. La stessa autonomia privata, negoziale e contrattuale, non è un preconcetto, un dogma, ma è una nozione che se ricava da regole e principi vigenti.*” Tradução livre: “A proporcionalidade é observada também no tema de escolha entre a resolução e a redução e na valoração da gravidade do inadimplemento [...]. No sistema do ordenamento vigente, a proporcionalidade se torna um princípio, componente da ordem pública constitucional, enquanto compatível ou concretizador de princípios constitucionais. [...] Desse modo, entre o interesse lesado pela violação da obrigação e a sanção pecuniária, no nosso sistema, vige um princípio de proporcionalidade, norma imperativa, a qual faz parte de uma ordem pública econômica, que constitui um interesse primário do ordenamento e, portanto, e exerce uma função de controle dos atos da autonomia [privada]. A própria autonomia privada, negocial e contratual não é um estigma, um dogma, mas é uma noção que se extrai das regras e princípios vigentes.” (PERLINGIERI, Pietro. Equilíbrio normativo e princípio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.12, p.139-140, out./dez. 2002).

Se os prejuízos decorrentes da extinção ou da manutenção do contrato forem consideravelmente significativos para uma das partes, em desproporção a eventuais efeitos de outra medida, deve-se buscar a opção menos gravosa entre as oferecidas.²⁹⁰

Os casos mais comuns são aqueles que tratam de consumidores ou vulneráveis. Diante de contratos firmados entre partes não paritárias, há uma tendência do intérprete de proteger a parte considerada mais fraca e, na grande parte dos casos, em que o credor busca a resolução do contrato por inadimplemento, acaba-se mantendo o vínculo contratual, condenando-se o devedor ao pagamento de indenização por perdas e danos causados pelo descumprimento, independentemente da análise dos demais critérios.

Já se teve a oportunidade de criticar o referido posicionamento no capítulo anterior pelo seguinte motivo: sob o único fundamento de disparidade entre as partes, não pode o julgador privilegiar o devedor sem levar em consideração as demais circunstâncias do caso concreto.

A vulnerabilidade ou não de uma das partes deve, sim, ser sopesada quando da verificação das consequências advindas de possível extinção do contato. Mas, repita-se: não se trata de critério de aferição do instituto, sob pena de o desequilíbrio entre os contratantes se tornar a nova análise meramente quantitativa do adimplemento substancial, o que, como se viu, é extremamente prejudicial para o instituto.

Também não se deve tomar o adimplemento substancial como medida de reequilíbrio contratual. Há mecanismos próprios para tal e a teoria objeto do presente estudo não é um deles. O que se busca com o adimplemento substancial é obstar determinada resolução quando o seu exercício se mostrar abusivo. Não se renegociam condições estipuladas pelas partes. Apenas decide-se pela manutenção ou não do vínculo obrigacional, levando-se em consideração as

²⁹⁰ Nesse sentido, transcreva-se passagem elucidativa de Anderson Schreiber: “A resolução consiste, como já visto, em remédio terminativo, que resulta na recondução dos contratantes ao estado anterior à celebração do contrato. Atualmente, há na experiência jurídica brasileira, como também ocorre em outros países, um acentuado controle de merecimento de tutela do exercício do direito à resolução. Tal controle não se dá apenas sob o prisma subjetivo, impedindo a prática de atos emulativos de resolução, assim entendidos aqueles que, desprovidos de qualquer utilidade para o seu titular, destinam-se exclusivamente a prejudicar a contraparte. Dá-se também sob o prisma objetivo, de modo a avaliar a proporcionalidade entre a concreta situação de inadimplemento e o efeito drástico do remédio resolutivo, à luz da possibilidade de realização do interesse comum das partes consubstanciado no específico negócio jurídico. É assim, por exemplo, que nossa doutrina e jurisprudência têm acolhido amplamente a já mencionada teoria do adimplemento substancial.” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.261).

consequências acarretadas para os contratantes, ainda que partes vulneráveis em determinada relação.²⁹¹

A título ilustrativo, pode-se retomar o exemplo citado acima, agora sob outro enfoque, em que a seguradora havia negado o pagamento da indenização e buscava a resolução do contrato sob o fundamento de que a última prestação do prêmio não estava quitada na data do sinistro.²⁹²

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que impediu a resolução contratual com base no adimplemento substancial, parece acertada, também, quando se analisam as consequências advindas da aplicação ou do afastamento da teoria.

Com efeito, a perda do direito à indenização em razão do cancelamento do contrato, de um lado, aparenta acarretar mais prejuízos aos segurados do que a manutenção do pacto, que importaria, para a seguradora, o recebimento da última parcela do prêmio, com os encargos decorrentes do atraso dos segurados, e o pagamento da indenização – para qual, em regra geral, considerada a natureza dos contratos de seguro, deve existir determinada provisão realizada com base nos cálculos atuariais.²⁹³

Outro aspecto que pode ilustrar essa situação é a de contratos que versem sobre serviços essenciais. Nesses casos, tendo em vista que a extinção do vínculo trará ao contratante daquele

²⁹¹ Na França, por exemplo, verifica-se que para que seja declarada a resolução do contrato, em determinadas circunstâncias, leva-se em consideração a qualidade dos contratantes. Diante de considerável disparidade entre as partes, o intérprete se vale da aferição da utilidade de determinada relação contratual para reequilibrar a obrigação diante do inadimplemento, de modo a favorecer a parte mais vulnerável. Segundo Thomas Genicon, ao invés de levar em consideração a função que as partes convencionaram, diante de uma negociação que entenda ter sido realizada de forma desequilibrada, o juiz, de modo a proteger a parte mais fraca, redefine a utilidade do contrato, fazendo constar do objeto contratual todos os interesses que o contratante vulnerável esperaria do referido instrumento. (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.349).

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 76.362/MT*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 11/12/1995. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ. 01/04/1996.

²⁹³ Nesse sentido: “Dentre os fundamentos objetivos do contrato de seguro, merecem ser apontados a mutualidade e o cálculo de probabilidades. A mutualidade verifica-se em razão de haver no seguro um caráter de cooperação, onde um conjunto de diversas contribuições permite a formação de um fundo de recursos para o pagamento futuro das indenizações. É mais fácil suportar coletivamente as consequências danosas dos riscos individuais do que deixar o indivíduo, só e isolado, exposto a essas consequências. Já o cálculo de probabilidades, ao qual recorre o segurador para fixar o prêmio a ser pago pelo segurado, permite estimar, com grande aproximação, o número provável de sinistros de um determinado tipo que pode ocorrer em determinada localidade, dentro de um certo prazo.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.563).

serviço um enorme prejuízo, podendo mesmo ferir a sua dignidade, deve-se preservar a relação contratual.²⁹⁴

A importância da manutenção dos contratos para uma das partes também tem extrema relevância em contratos firmados entre paritários. São inúmeros os exemplos cotidianos que podem ilustrar a essencialidade de determinada contratação para uma empresa. Pense-se no contratante que, diante da celebração de contrato de longa duração, faz significativos investimentos para se preparar para a sua execução e, diante de um descumprimento, vê-se diante da possibilidade de extinção daquele vínculo. Ou ainda de contrato que represente parte extremamente relevante no fluxo de caixa de uma empresa.²⁹⁵

Thomas Genicon defende que os prejuízos decorrentes da extinção do contrato para o devedor são de extrema importância para o intérprete quando da análise do pedido da resolução contratual. Quando o desaparecimento da convenção coloca o devedor em grande dificuldade, seja porque o contrato lhe assegurava determinada situação, seja porque a sua extinção lhe

²⁹⁴ GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.368-369.

²⁹⁵ « *Le cas qui se présente le plus souvent, et qui doit davantage retenir l'attention concerne celui dans lequel la conclusion du contrat a incité le débiteur à effectuer des investissements importants. Les exemples sont variés mais correspondent généralement aux hypothèses dans lesquelles les parties prennent l'initiative d'une opération très complexe (comme la fabrication d'un bien unique) ou concluent un contrat de longue durée dont l'objet est d'instaurer une relation commerciale appelée à se maintenir. À chaque fois, le débiteur est invité à engager des frais parfois considérables qui risquent d'être faits en pure perte si le contrat vient à cesser. La résolution risque donc d'avoir un effet particulièrement néfaste, car le coût économique de la disparition du contrat par l'inexécution est très important, et peut être hors de proportion avec le dommage causé au créancier par l'inexécution. Alors même que le manquement du débiteur justifie objectivement la résolution du contrat et aurait vraisemblablement incité à l'accorder en l'absence de tels investissements, le juge peut préférer finalement sacrifier les intérêts du créancier, s'il apparaît surtout que le bénéfice que ce dernier retirera de la résolution est sans commune mesure avec le préjudice qu'elle causerait au débiteur.* » Tradução livre: "O caso que se apresenta mais frequentemente e que precisa de mais atenção, diz respeito àquele em que a conclusão do contrato levou o devedor a fazer investimentos importantes. Os exemplos são variados mas geralmente correspondem às hipóteses nas quais as partes tomam a iniciativa de entrar em uma operação complexa (como a fabricação de um bem exclusivo) ou concluem um contrato de longa duração cujo objeto é instaurar uma relação comercial. Nesses casos, o devedor incorre, por vezes, em custos consideráveis que podem ser perdidos se o contrato for resolvido. A resolução pode, portanto, ter um efeito particularmente prejudicial, porque o custo econômico da extinção contratual é muito significativo, e pode ser desproporcional em relação ao prejuízo causado ao credor pelo inadimplemento. Ainda que a violação do devedor justifique objetivamente a resolução do contrato e levasse à sua declaração na ausência de tal investimento, o juiz pode preferir eventualmente sacrificar os interesses do credor, se parecer sobretudo que o benefício decorrente da resolução é desproporcional ao prejuízo que se causaria ao devedor." (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.367).

trará danos de gravidade significativa, o juiz poderá deixar de declarar a resolução, obrigando o credor a permanecer na relação obrigacional, assegurando-lhe a indenização por perdas e danos.²⁹⁶

No mesmo sentido está o art. 7.3.1(e) dos Princípios do Unidroit.²⁹⁷ Como abordado no capítulo anterior, antes de declarada a resolução contratual, deverá ser levado em consideração se a parte inadimplente sofrerá prejuízos excessivos em decorrência da extinção do vínculo.²⁹⁸ O exemplo encontrado nas referidas regras trata de venda de software especificamente produzido para determinada empresa. O prazo originalmente contratado para a entrega do produto é ultrapassado em um mês. Considerando-se que o comprador ainda tem interesse na utilização do programa e que o vendedor, em razão das peculiaridades do produto, não consegue revendê-lo

²⁹⁶ *“Le sort malheureux du débiteur est une considération de première importance pour le juge chargé de se prononcer sur l’avenir du contrat. Lorsque la disparition de la convention risque de mettre le débiteur en difficulté, soit parce que le contrat lui assurait une certaine situation, soit parce que son anéantissement risque de lui causer un préjudice trop important, le juge peut être tenu de faire passer les intérêts du créancier au second plan et de le contraindre à rester dans un contrat qui a pourtant perdu une partie, voire une bonne partie, de son intérêt à son égard. Si le juge fait ce choix – qui, bien évidemment, n’a rien de systématique et dépend plus que jamais d’une analyse approfondie des circonstances –, il ne fait guère de doute que l’opération contractuelle est, dans une certaine mesure, trahie : le contrat n’est considéré que pour ce qu’il apporte au débiteur et se trouve en quelque sorte détourné pour son service.”* Tradução livre: “O destino do devedor é uma consideração de primeira importância para o juiz decidir como se pronunciará sobre o futuro do contrato. Como a resolução contratual pode colocar o devedor em dificuldade, quer porque o contrato lhe assegurava uma determinada situação, quer porque sua extinção pode causar um prejuízo muito grave, o juiz pode colocar os interesses do credor em segundo plano e forçá-lo a permanecer em um contrato sobre o qual perdeu uma parte, ou boa parte de seu interesse. Se o juiz fizer essa escolha – o que, é claro, não é nada sistemático e depende mais do que nunca de uma profunda análise das circunstâncias –, não há dúvida de que a operação contratual é, em certa medida, traída: o contrato não é considerado senão pelo que atrai o devedor e acaba desnaturado.” (GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. p.363).

²⁹⁷ O tema foi tratado no Capítulo 2. Para facilidade de referência, o artigo dispõe que “Para determinar-se se o descumprimento de uma obrigação constitui um inadimplemento essencial, deve-se considerar, especialmente, se a parte inadimplente sofrerá excessivas perdas em consequência da preparação para o adimplemento ou dele próprio, caso o contrato seja extinto.”

²⁹⁸ *“Paragraph (2)(e) deals with situations in which a party who fails to perform has relied on the contract and has prepared or tendered performance. In these cases regard is to be had to the extent to which that party suffers disproportionate loss if the non-performance is treated as fundamental. Non-performance is less likely to be treated as fundamental if it occurs late, after the preparation of performance, than if it occurs early before such preparation. Whether a performance tendered or rendered can be of any benefit to the non-performing party if it is refused or has to be returned to that party is also of relevance.”* Tradução livre: “O Parágrafo (2)(e) versa sobre situações em que a parte que descumpra a prestação confiou no contrato e se preparou para performá-lo. Nesses casos, se verifica-se se aquela parte sofrerá prejuízos desproporcionais se aquela violação for considerada fundamental. É menos frequente tratar o descumprimento contratual como fundamental quando ele ocorre depois da preparação para o cumprimento, do que se ele se verifica antes dela. Se a performance devida ainda pode ser útil ou se deve ser devolvida também é relevante”. (Art. 1.6(2). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2016. p.256. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>. Acesso em: 03 jan. 2018).

a terceiros, entende-se estar vedada a resolução do contrato nessa hipótese, restringindo-se o remédio do credor a perdas e danos.²⁹⁹

Percebe-se, portanto, que, em atenção à boa-fé objetiva, fundamento da aplicação do adimplemento substancial, devem ser ponderadas as consequências da manutenção ou resolução do contrato para a incidência da teoria.

Após a exposição dos parâmetros de aferição do adimplemento substancial, tome-se como exemplo, a hipótese que foi objeto de julgamento do Recurso Especial nº 1.636.692/RJ.³⁰⁰ O caso versou sobre ação de rescisão contratual ajuizada em 1999 por empresa imobiliária contra a promitente compradora de três imóveis, sob o fundamento de que esta teria deixado de pagar 3 (três) de 7 (sete) parcelas semestrais e 9 (nove) de 44 (quarenta e quatro) parcelas mensais devidas, embora estivesse na posse dos imóveis há 16 (dezesesseis) anos, locando-os a terceiros.

A empresa que buscava a resolução contratual se obrigou a vender três imóveis e em contrapartida fazia jus ao recebimento de determinado montante, que seria pago em 51 parcelas, divididas entre mensais e semestrais. Após o não pagamento de 12 (doze) parcelas, o que, nos termos do acórdão proferido, representava 29,2% do valor pactuado, ajuizou a referida demanda requerendo a extinção do vínculo obrigacional. Em resposta, a devedora alegou exceção de contrato não cumprido, o que foi afastado, tendo a matéria precluído. A questão colocada em julgamento cinge-se à aplicação do adimplemento substancial na referida hipótese.

Com base no sistema apresentado, o primeiro critério de aferição é o da existência ou não de interesse útil do credor. A prestação a qual faz jus a promitente vendedora consiste em pecúnia o que, por sua vez, torna a análise do critério ainda mais complexa.

Analisando-se o interesse útil de maneira funcional, tem-se que a legítima expectativa da promitente vendedora é a de receber o valor acordado dos imóveis. Não há, *prima facie*, como se afastar a utilidade da prestação, ainda que em atraso, uma vez que a pretensão consiste em moeda, que, no momento do pagamento, será devidamente atualizada com juros e correção

²⁹⁹ Art. 1.6(2). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2016. p.256. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

³⁰⁰ REsp 1.636.692/RJ. Relator: Mini. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 12/12/2017. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: 18/12/2017. O referido recurso é tomado como exemplo para a aplicação do sistema de parâmetros proposto no presente estudo. O resultado de seu julgamento foi unânime no sentido de afastar o adimplemento substancial, uma vez que na hipótese o descumprimento contratual correspondia a 29,2% do total do valor pactuado.

monetária por força da mora. Faz-se necessária, portanto, a conjugação do interesse útil com os demais parâmetros apresentados.

A importância da prestação deve ser analisada qualitativamente, à luz da economia geral do contrato. Há que se indagar se o vínculo de corresponsabilidade da relação se mantém. Por tratar-se de prestação pecuniária, o fim almejado pelo credor é o recebimento da totalidade do preço do bem. Nesse caso, a avaliação quantitativa entra em cena. Pelas informações prestadas, 2/3 (dois terços) do valor total do contrato foram cumpridos.

Ocorre que, como se viu, a aferição do adimplemento substancial pelo critério meramente quantitativo não se sustenta. Não há como preestabelecer a porcentagem mínima cujo cumprimento configura adimplemento substancial, mesmo em hipóteses em que a prestação seja pecúnia, já que os interesses em jogo variam de contrato para contrato. Mais uma vez, mostra-se necessário recorrer a mais um parâmetro.

Analisando-se o comportamento das partes, tem-se, de um lado, a credora, que busca seu crédito na justiça há aproximadamente 18 (dezoito) anos. De outro, pelos fatos narrados, a devedora encontra-se em mora pelo mesmo período e ainda assim continua na posse dos imóveis, inclusive locando-os a terceiros. Não há no relatório do caso nenhuma menção a qualquer oferecimento de garantia ou de depósito em juízo das parcelas discutidas. Tampouco parece haver discussão sobre o inadimplemento.

Por fim, passando às consequências, seja da manutenção, seja da resolução do contrato, pelo relatado no acórdão, tem-se que os referidos imóveis não são residenciais e estão sendo alugados a terceiros há 16 (dezesseis) anos.

Tomando-se como base as circunstâncias narradas e o primeiro cenário proposto, tem-se (i) credor buscando prestação pecuniária após quase 18 (dezoito) anos de mora, fato que, isoladamente, não permite identificar a manutenção ou não de seu interesse útil; (ii) o inadimplemento consiste em aproximadamente 1/3 do contratado; (iii) apesar de instada a purgar a mora, a devedora quedou-se inerte desde 1999; (iv) a devedora continua na posse dos imóveis objeto dos contratos, inclusive explorando-os comercialmente; (v) os imóveis objeto do contrato não são residenciais.

O não pagamento das verbas devidas durante aproximadamente 18 (dezoito) anos, quando, na realidade, os imóveis objeto dos contratos geram renda por meio de sua locação, configura a má-fé da devedora. Frise-se que, durante o referido lapso temporal, poderia a devedora ter purgado a mora ou oferecido alternativas para a garantia do futuro pagamento do débito. Diante da importância da obrigação inadimplida; de comportamento, contrário à boa-fé; do significativo decurso de tempo em que o credor se viu privado do recebimento de sua

contraprestação; e da ausência de graves consequências para a devedora, parece que deve ser afastada a teoria do adimplemento substancial.

A análise do referido caso, meramente ilustrativa, demonstra claramente a importância da análise de todos os parâmetros apresentados, seja porque em determinados casos a utilização de apenas um deles é insuficiente, seja porque determinadas circunstâncias podem modificar de maneira significativa a valoração do exercício do direito de resolução do credor.

De forma conclusiva, tem-se que para a aplicação do adimplemento substancial, devem ser observados conjuntamente os seguintes parâmetros: (i) a existência de interesse útil do credor; (ii) a importância da obrigação inadimplida; (iii) o comportamento das partes; e (iv) as consequências advindas para o credor e para o devedor.

3.6 Existência de cláusula resolutiva expressa. Limite da atuação do julgador

Apresentados os parâmetros de aferição do adimplemento substancial, cumpre analisar as hipóteses em que dos contratos constam cláusula resolutiva expressa para verificar se, em instrumentos em que as partes estipularam as obrigações cujo descumprimento acarreta em resolução, incide a teoria do adimplemento substancial.

No direito brasileiro, como se demonstrou ao longo do presente estudo, existe regra geral de resolução contratual, comumente denominada cláusula resolutiva tácita³⁰¹, prevista no art. 474 do Código Civil, e subentendida em todos os contratos bilaterais.³⁰² Segundo a referida

³⁰¹ Criticando a nomenclatura, cita-se Aline de Miranda Valverde Terra: “A cláusula resolutiva tácita, por se entender subentendida nos contratos, sequer é cláusula: trata-se de regra legal, que não oferece às partes qualquer espaço para disciplinar outros riscos contratuais; na realidade, é ela mesma uma espécie de alocação estabelecida pela teoria legal do risco. Por essa razão, a avaliação sobre a relevância das obrigações assumidas pelo contratante no contexto do concreto regulamento de interesses é realizada *a posteriori*, depois, portanto, da sua inexecução, além de ser unilateralmente feita pelo credor [...]” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.38-41, 46-47 e 58-59).

³⁰² A título exemplificativo, pode-se citar Ruy Rosado de Aguiar Junior (*Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6. T.2. p.394). Há, no entanto, quem defenda que a resolução também é remédio cabível em casos de inadimplemento de contratos unilaterais: “A pergunta, portanto, é esta: o que justifica excepcionar a força obrigatória do contrato, permitindo à parte resolvê-lo em todas aquelas situações apontadas? [...] A teoria da quebra do sinalagma [também designada teoria da interdependência] identifica o fundamento da resolução na particular estrutura dos contratos bilaterais, considerando a resolução como natural consequência – embora optativa – da crise no

norma, em caso de inadimplemento absoluto – e somente nessas hipóteses –, poderá a parte adimplente resolver o contrato.

As partes, no entanto, podem optar por disciplinar, previamente, os descumprimentos contratuais capazes de ensejar a extinção do vínculo contratual por meio de cláusula resolutiva expressa.

Decorrente da vontade das partes, trata-se de mecanismo de alocação e disciplina dos riscos contratuais³⁰³, que estabelece, previamente, as situações em que o contrato poderá ser desfeito.³⁰⁴ Em outras palavras: as partes avaliam *ex ante* as obrigações que consideram essenciais para o contrato, estipulando, por meio da cláusula resolutiva, que o seu inadimplemento acarretará a perda do interesse útil do credor e, conseqüentemente, autorizará a resolução contratual.

Se, em caso de ausência de cláusula resolutiva expressa, incide a regra geral e cabe ao juiz decidir, *a posteriori*, se determinado inadimplemento é passível de afastar o interesse útil do credor, na presença de disposição contratual regulando as obrigações cujo descumprimento ensejará a extinção dos vínculos, esse controle é realizado pelas próprias partes que, ao firmarem o contrato, decidem acerca da relevância das obrigações assumidas por cada um dos contratantes.

As partes, estipulando antecipadamente quais as circunstâncias que incidem sobre a substancialidade do inadimplemento, buscam exatamente retirar do juiz o controle sobre a perda do interesse útil do credor, acelerando o processo de resolução contratual e garantindo uma maior segurança jurídica sobre as conseqüências advindas do contrato firmado.

Diante desse cenário se coloca o seguinte questionamento: a teoria do adimplemento substancial pode incidir em casos que comportem cláusula resolutiva expressa? Em outras

nexo de interdependência das prestações, vale dizer, da ruptura do sinalagma. De todo modo, o que importa destacar é que para a teoria da interdependência a resolução está fundamentada na superveniente quebra do sinalagma, o que acaba restringindo essa forma extintiva da relação obrigacional aos contratos bilaterais. A perspectiva, contudo, não se coaduna com a realidade jurídica. Na prática, em diversas situações, admite-se a resolução dos contratos unilaterais, assim entendidos aqueles em que não existem obrigações ligadas por nexo de interdependência; ainda que ambas as partes sejam atribuídas obrigações – hipótese em que o contrato unilateral é oneroso –, uma não é causa e conseqüência da outra, sendo autônomas e independentes, desvinculadas de qualquer contraprestação. [...] A possibilidade de resolver a relação obrigacional deve ser estendida a todos os contratos unilaterais cuja inexecução de obrigação atribuída a uma das partes retire do credor o interesse na manutenção do vínculo contratual, sempre que o ordenamento jurídico não lhe oferecer outro instrumento para se desvincular da relação. Em verdade, nesses contratos, a resolução por inadimplemento, se afigura ainda mais importante do que nos contratos bilaterais, visto que não comportam a invocação da exceção do contrato não cumprido.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.38-41, 46-47).

³⁰³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.58.

³⁰⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.7.

palavras: pode o intérprete, inobstante o pactuado pelos contratantes, afastar a resolução de determinado instrumento sob o fundamento de que, apesar do descumprimento daquela obrigação, houve adimplemento substancial do contrato? Sob outro enfoque, pode o intérprete modular os efeitos da cláusula resolutiva expressa em casos que entenda substancialmente adimplida a obrigação cujo descumprimento, *a priori*, ensejaria a resolução do contrato?

Antes de responder as questões, há que se tecer alguns esclarecimentos sobre o tema.

Em primeiro lugar, como se viu, a cláusula resolutiva expressa é produto da autonomia privada e, para o que aqui se discute, será considerada como cláusula válida, estipulada por contratantes paritários e informados, em contrato que não o de adesão.³⁰⁵

Importante frisar que, ao contrário do que se vê na prática, as cláusulas resolutivas expressas não podem ser genéricas.³⁰⁶ Pelo contrário, devem elas ser estabelecidas de forma

³⁰⁵ “A resolutiva expressa não é cláusula que se harmonize com os contratos de adesão; sua presença nesses contratos massivos somente poderá ser admitida como legítima se houver obrigação equivalente para o estipulante, além de manifestação específica de concordância do aderente, a qual se obtém com a sua redação em destaque e, preferencialmente, com a assinatura do aderente ao lado da cláusula.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6. T.2. p.401).

³⁰⁶ É muito comum encontrar em contratos cláusulas resolutivas que estipulem que o descumprimento de qualquer das obrigações previstas no instrumento ensejará a resolução contratual. Essas cláusulas não são consideradas cláusulas resolutivas expressas válidas, mas sim cláusulas de mero estilo. Sua função, de afastar a necessidade de declaração judicial da resolução do contrato, não é alcançada, uma vez que, considerada não escrita, remeterá os contratantes para a regra geral, em que o controle da permanência ou não do interesse útil necessita de reconhecimento pelo magistrado.

detalhada, especificando e individualizando as obrigações cujo descumprimento ensejará a extinção do contrato, sob pena de serem reputadas não escritas.^{307,308}

Partindo de tais premissas, em uma primeira análise, considerar-se-ão essenciais as obrigações cujo descumprimento as partes estipularam gerar resolução contratual.³⁰⁹ Nesse passo, pouco importa para a análise da importância de determinada obrigação ser ela “*principal*” ou “*acessória*”, devendo-se atentar para a função que as partes visaram ao firmar determinado instrumento e a importância de tal obrigação na economia geral do contrato.³¹⁰ Há uma presunção,

³⁰⁷ Nesse sentido: “*E’, però, fondamentale, al fine della validità della clausola, che sia determinato nel patto il livello di inadempimento dell’obbligazione: diversamente la clausola sarebbe di stile, rimettendo al giudice il potere di apprezzare la gravità o meno dell’inadempimento.*” Tradução livre: “É fundamental para a validade da cláusula que seja determinado no pacto o nível de inadimplemento da obrigação: caso contrário, a cláusula será de mero estilo, podendo o juiz apreciar a gravidade ou não do inadimplemento.” (BERTINO, Lourenzo. *Le clausole sulla non scarsa importanza dell’inadempimento*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2016. p.105). “Apesar de a avaliação a respeito da relevância da obrigação caber prioritariamente às partes que, melhor do que ninguém, sabem os termos em que a prestação deve ser adimplida para que seja capaz de satisfazer aos seus interesses, ela não está imune ao controle de legitimidade. Ao estabelecer a concreta disciplina contratual, as partes devem ser precisas na indicação dos exatos termos em que as obrigações hão de ser executadas. Algumas dessas obrigações assumem maior relevância no contexto negocial e se afiguram essenciais à consecução do escopo econômico do contrato, de modo que sua inexecução configura inadimplemento absoluto. Outras, por sua vez, posto que relevantes para a execução da prestação devida, revestem-se de caráter secundário e sua inexecução não é capaz de comprometer a satisfação do interesse do credor. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.75).

³⁰⁸ “*Le texte consacre la solution jurisprudentielle qui exigerait que la clause soit rédigée de manière claire et précise. C’est en somme une exigence de clarté qui pèse sur les rédacteurs de la clause résolutoire.* » Tradução livre: O texto consagra a solução jurisprudencial que exigia que a cláusula fosse redigida de maneira clara e precisa. Isso é, em suma, uma exigência de clareza que pesa sobre redatores de cláusulas resolutivas. (CHANTEPIE, Gael; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz, 2016. p.562).

³⁰⁹ Segundo Aline: “A obrigação passível de constar do suporte fático da cláusula resolutiva expressa é, pois, aquela essencial, imprescindível para a realização da função econômico-individual do negócio. Não obstante a inclusão da obrigação na cláusula conduzir à presunção de sua essencialidade, não se afasta a necessidade de se aferir sua efetiva relevância no concreto regulamento de interesses. Em consequência, releva, além do tipo contratual escolhido pelas partes, o escopo prático concretamente perseguido, uma vez que será essência aquela obrigação indispensável a promover a utilidade buscada pelo credor com a prestação, de acordo com o programa contratual.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.75).

³¹⁰ Nesse sentido: “não importa, em abstrato, que a obrigação seja considerada de pouca importância, uma simples obrigação acessória, ou mero dever de conduta; imprescindível é que, no âmbito do específico regulamento de interesse, assuma relevância ímpar para a plena realização do programa contratual. Daí se conclui sem qualquer dificuldade, que mesmo uma obrigação não essencial a certo tipo contratual pode ser elevada à categoria de essencial no contexto da específica relação.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.76).

ainda que relativa, de que as obrigações previstas pelas partes interferem diretamente na manutenção do sinalagma contratual e, por isso, sua violação ensejaria a resolução.³¹¹

Em contratos dos quais constem cláusula resolutiva expressa, violada a obrigação tida como essencial, está resolvido o contrato, independentemente de interpelação judicial, nos termos do art. 474 do Código Civil.

Ocorre que, inobstante o direito do credor adimplente de resolver o contrato diante do descumprimento de obrigação constante da referida cláusula, são inúmeros os casos em que o devedor se opõe à extinção contratual e a disputa chega ao Poder Judiciário ou se torna objeto de procedimentos arbitrais.

A questão colocada é justamente se, diante de manifestação evidente da autonomia privada³¹², pode a parte obstar a resolução contratual quando a obrigação descumprida for irrelevante para a economia negocial do contrato – *i.e.* de escassa importância – ou, ainda, quando o contrato ou a obrigação descumprida tiver sido adimplida substancialmente.

Se, de um lado, defende-se tratar-se justamente de princípio segundo o qual as partes se obrigam a que, como, quando e com quem quiserem, o que reduziria significativamente, o campo de controle judicial do exercício do direito à resolução, sendo vedado ao juiz analisar a gravidade de determinado descumprimento quando as partes convencionaram sobre o assunto³¹³, de outro, já foi demonstrado que a autonomia privada foi relativizada por força da boa-fé objetiva, não possuindo, assim como os demais princípios e direitos, natureza absoluta.

Para analisar o assunto, cumpre dividir o tópico em dois pontos: (i) o primeiro, que versará sobre a análise da obrigação em si, isto é, se seria possível um controle *a posteriori* da cláusula resolutiva expressa que autorize verificar se a obrigação objeto da disposição contratual constitui, de fato, obrigação essencial para o contrato; e (ii) se é possível modular os efeitos da resolução prevista em cláusula resolutiva expressa quando o cumprimento da obrigação em si foi muito próximo daquele esperado.

³¹¹ Diz-se presunção relativa porque as partes, inconformadas com a resolução, podem sempre discutir a legitimidade da extinção do contrato perante o poder judiciário ou em procedimento arbitral, hipóteses em que caberá à parte que questiona a medida comprovar a sua ilegalidade ou abusividade.

³¹² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.47; BERTINO, Lorenzo. *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2016. p.277-278.

³¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza: Delle obbligazioni*. Bologna: Zanichelli, 1991. Libro Quarto. T.1. p.746.

Defende-se, na Inglaterra³¹⁴, a impossibilidade de controle *a posteriori* da importância de determinada obrigação cujo descumprimento enseja a resolução contratual em razão de cláusula resolutiva expressa. Com o objetivo de respeitar a liberdade contratual e salvaguardar a segurança jurídica das previsões contratuais, são interditas quaisquer valorações sobre a razoabilidade ou a justiça de eventual extinção do contrato.

O mesmo posicionamento é defendido na França, onde as Cortes já se pronunciaram sobre a validade de cláusulas que retirem dos julgadores a possibilidade de valorar a importância suficiente de determinado inadimplemento de modo a ensejar a resolução.³¹⁵

Com efeito, defende-se que a gravidade do inadimplemento seria o critério de distinção entre a resolução convencionada pelas partes e aquela declarada judicialmente: enquanto na primeira, por autonomia das partes, os contratantes decidem quais são as obrigações capazes de ensejar a extinção do vínculo, sendo defeso ao intérprete analisar a proporcionalidade ou não da

³¹⁴ BERTINO, Lourenzo. *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2016. p.87.

³¹⁵ Alain Benabent defende que, existindo cláusula resolutiva expressa, é vedado ao juiz analisar a gravidade do inadimplemento para resolver o contrato, ainda que se trate de descumprimento de escassa importância: “*Afin d’éviter la nécessité d’une action en justice et l’aléa inhérent au pouvoir d’appréciation du juge, les contractants insèrent souvent dans leur accord une clause résolutoire, c’est-à-dire prévoyant les cas dans lesquels la résolution interviendra. L’originalité est que la résolution se produit alors de plein droit, par le seul effet de la clause et sans condition de gravité (art. 1224). Le juge ne peut pas en mesurer la gravité et ne peut que constater la résolution qui s’est produite automatiquement même s’il s’agit d’un manquement très léger.*» Tradução livre: « Afim de evitar a necessidade de ação judicial e a álea inerente ao poder discricionário do juiz, os contratantes preveem frequentemente cláusula resolutiva, prevendo os casos em que operará a resolução. A originalidade é que a resolução ocorre de pleno direito pelo simples efeito da cláusula e sem a condição da gravidade (art. 1224). O juiz não pode valorar a gravidade e está vinculado a constatar a resolução ainda que se trate de violação insignificante.” (BÉNABENT, Alain. *Droit des Obligations*. 15.ed. Paris: LGDJ, 2016. p.306). No mesmo sentido, destaque-se o posicionamento de Gael Chantepie e Mathias Latina: “*Puisqu’il revient aux parties de préciser les manquements qui entraîneront la résolution du contrat, le juge ne dispose d’aucun pouvoir d’appréciation, ni de modération.*” Tradução livre: “Tendo em vista que cabe às partes precisarem os descumprimentos que darão ensejo à resolução do contrato, o juiz não dispõe de nenhum poder de apreciação nem de moderação.” (CHANTEPIE, Gael; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz, 2016. p.563).

medida³¹⁶, na segunda, diante do silêncio dos contratantes, cabe ao magistrado aferir a importância do descumprimento, sendo ele fundamento necessário da declaração de resolução judicial.³¹⁷

Também em contratos internacionais regulados pela CISG, em que a resolução só é possível frente a um inadimplemento fundamental, nos termos estabelecidos pelo art. 25, as partes podem pactuar, em cláusula resolutiva expressa, a renúncia ao requisito da

³¹⁶ « *En présence d'une clause résolutoire, le juge a le pouvoir de sanctionner la mauvaise foi du créancier ou la violation d'une condition procédurale ou formelle. Mais il ne lui appartient pas de contrôler l'opportunité de la résolution décidée par le créancier. Peu importe, en conséquence, que la destruction du contrat paraisse disproportionnée par rapport à l'inexécution ou que les conséquences de l'anéantissement pour le débiteur défaillant soient rigoureuses. Seule compte la matérialité du manquement tel qu'il est décrit par la clause.* » Tradução livre: “Na presença de uma cláusula resolutiva, o juiz tem o poder de sancionar a má fé do credor ou a violação de uma condição procedimental ou formal. No entanto, não cabe a ele controlar a oportunidade da resolução. Pouco importa, conseqüentemente, que a resolução do contrato seja desproporcional ao inadimplemento ou que as consequências da extinção para devedor inadimplente sejam rigorosas. O que importa é a verificação da ocorrência do descumprimento, tal como pactuado na cláusula.” (DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Paris: LexisNexis, 2016. p.499). No mesmo sentido, Dimitri Houtcieff: « *La clause résolutoire est la stipulation selon laquelle la convention est résiliée de plein droit en cas de manquement imputable au débiteur aux obligations qu'elle vise. La fin du contrat découle d'un simple constat, sans intervention du juge. Cette clause permet ainsi d'organiser et d'accélérer la fin du contrat tout en rendant la mieux prévisible. Alors que la résolution judiciaire est appréciée par le juge, la clause résolutoire le prive de son office : non seulement le contrôle éventuel de la clause n'a lieu qu'a posteriori, mais le juge est contraint de constater la résolution dès lors que les conditions stipulées par les parties sont remplies.* » Tradução livre: “A cláusula resolutiva é a estipulação segundo a qual o contrato é extinto em caso de inadimplemento imputável ao devedor das obrigações ali previstas. O fim do contrato decorre de uma simples constatação, sem intervenção do juiz. Essa cláusula permite, assim, organizar e acelerar a resolução contratual, tornando-a mais previsível. Enquanto a resolução judicial é apreciada por um juiz, a cláusula resolutiva o priva dessa apreciação: não apenas o controle eventual da cláusula é realizado apenas a posteriori, mas o juiz é obrigado a confirmar a resolução desde que as condições estipuladas pelas partes estejam presentes.” (HOUTCIEFF, Dimitri. *Droit des Contrats*. 2.ed. Bruxelles: Larcier, 2016. p.500).

³¹⁷ “*La gravité de l'inexécution est le fondement de la distinction qu'opère l'article 1224 entre la clause résolutoire, d'un côté, et la résolution par notification ou par décision de justice, de l'autre. La résolution issue d'une clause résolutoire résulte de sa seule application. Autrement dit, sous réserve des précisions données par l'article 1225, il suffit de constater une inexécution ; aucune condition particulière de gravité n'est imposée. En revanche, la résolution par notification du créancier ou par décision de justice est moins facilement accessible puisqu'elle suppose une inexécution suffisamment grave. La liberté contractuelle justifie cette distinction. En principe, les parties sont libres de fixer d'un commun accord le seuil à partir duquel l'inexécution est de nature à entraîner la résolution du contrat, sachant que le plus ce seuil est bas, plus l'incitation à l'exécution volontaire est forte.* » Tradução livre: “A gravidade do inadimplemento é o fundamento da distinção feita pelo artigo 1.224 entre a cláusula resolutiva, por um lado, e a resolução por notificação ou por decisão judicial, por outro. A resolução resultante de uma cláusula resolutiva é fruto de sua própria aplicação. Em outras palavras, em observância às regras do artigo 1225, é suficiente constatar um inadimplemento; nenhuma condição especial de gravidade é imposta. Por outro lado, a resolução por notificação do credor ou por decisão judicial é menos facilmente acessível, tendo em vista que supõe um inadimplemento suficientemente grave. A liberdade contratual justifica essa diferença. Em princípio, as partes são livres para fixar de comum acordo o ponto a partir do qual o inadimplemento é capaz de levar à resolução contratual, sabendo do incentivo à execução voluntária.” (DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Paris: LexisNexis, 2016. p.498).

“fundamentalidade” do descumprimento ou mesmo flexibilizar os critérios para a sua verificação, afastando a verificação a posteriori do juiz ou árbitro sobre a importância de determinada violação.³¹⁸

No Brasil, há a presunção de que a obrigação incluída pelas partes em cláusula resolutiva expressa é essencial e que o seu inadimplemento fulmina o interesse útil do credor, ensejando a resolução contratual. Explica-se. A verificação da essencialidade de determinada obrigação passa pela análise do interesse útil do credor e, em caso de sua subsistência, a relação contratual é preservada. Essa análise é feita pelas partes quando da conclusão do contrato, fazendo nascer uma presunção relativa de que a cláusula resolutiva apontará, previamente, as obrigações que entendem fazer parte da causa do contrato.³¹⁹

Admite-se, no entanto, um controle *a posteriori* da resolução para verificar se a obrigação descumprida é efetivamente capaz de privar o credor da utilidade da prestação. Além da verificação, em si, da essencialidade de determinada obrigação, é necessário examinar, no caso concreto, se a obrigação, tida como integrante da causa do contrato na sua celebração, continua a manter, quando da resolução, a mesma importância frente à economia geral do contrato. Isso porque a relação obrigacional, vista como um processo dinâmico que se protraí no tempo, pode ter sido substancialmente alterada não só por circunstâncias externas, mas também pelo próprio comportamento das partes.³²⁰

³¹⁸ BERTINO, Lourenzo. *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2016. p.122.

³¹⁹ Ainda sobre o tema, Aline de Miranda Valverde Terra: ““A obrigação passível de constar do suporte fático da cláusula resolutiva expressa é, pois, aquela essencial, imprescindível para a realização da função econômico-individual do negócio. Não obstante a inclusão da obrigação na cláusula conduzir à presunção de sua essencialidade, não se afasta a necessidade de se aferir sua efetiva relevância no concreto regulamento de interesses. Em consequência, releva, além do tipo contratual escolhido pelas partes, o escopo prático concretamente perseguido, uma vez que será essência aquela obrigação indispensável a promover a utilidade buscada pelo credor com a prestação, de acordo com o programa contratual.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p.75).

³²⁰ “O credor pode renunciar à cláusula resolutiva expressa, antes ou depois do inadimplemento. [...] Se a renúncia é expressa, nenhuma dificuldade: a cláusula resolutiva expressa não poderá ser invocada. A implícita será apreciada a partir com comportamento do credor, uma vez que as condutas incompatíveis com o exercício do direito potestativo de extinção do contrato permitem a interpretação de que houve a renúncia: assim, se o credor, depois de vencido o prazo do devedor, efetua a sua prestação ou exige a da contraparte; também se entende que o credor renunciou ao direito resolutório se consentiu no cumprimento inexecuto da obrigação. Porém, nos contratos de prestações periódicas, o recebimento tardio de uma delas não impede de usar a cláusula no futuro, salvo quando a reiteração do comportamento do credor caracteriza tolerância habitual, que desfigura a estipulação resolutiva, a qual se tem por renunciada.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6. T.2. p.409).

Mantido o seu caráter de essencialidade e descumprida a obrigação prevista em cláusula resolutiva expressa pelo devedor, é válida a resolução contratual pelo credor.

Veja-se então o seguinte exemplo: se determinada empresa contrata financiamento com uma instituição financeira, incluindo no contrato cláusula resolutiva expressa no sentido de que, em caso de reestruturação societária que altere o controle da companhia sem a anuência do banco, o contrato será extinto, considerando-se a obrigação como essencial para as partes, caso a hipótese se consolide, o instrumento poderá ser resolvido ainda que o contrato tenha sido substancialmente cumprido?

Ao se considerar o entendimento de que o interesse útil é o único parâmetro de aferição do adimplemento substancial, a resposta parece ser positiva, uma vez que, descumprida a obrigação tida pelas partes como essencial, o contrato perde a sua utilidade para o credor, que está apto a extinguir a relação.

Se, de outro lado, forem levados em consideração os demais critérios de aferição para a caracterização do adimplemento substancial, tem-se, ao contrário, que, mesmo nas hipóteses de cláusula resolutiva expressa, a resolução contratual, em razão das circunstâncias do caso concreto, poderá ser considerada abusiva³²¹.

Imagine-se que no exemplo citado acima, a empresa que contraiu o empréstimo, apesar da mudança de controle acionário sem autorização da instituição financeira, continue arcando com as parcelas tempestivamente, não apresente qualquer indício de risco de inadimplemento das parcelas do financiamento e que o montante objeto do mútuo seja essencial para a sua atividade empresarial. Diante desse cenário, parece defensável a aplicação do adimplemento substancial de modo a afastar a resolução.

Ainda que tenha o seu campo de incidência reduzido – uma vez que as partes previamente estipularam que o descumprimento de determinada obrigação fulmina de morte o contrato –, o adimplemento substancial poderá incidir em contratos que apresentem cláusula resolutiva expressa quando, diante dos parâmetros apresentados anteriormente – utilidade da prestação,

³²¹ “A cláusula que estabelece a resolutiva expressa é disposição que facilita o tráfico, mas é rigorosa para com o devedor, podendo ser fonte de abuso. Daí a conveniência de ser reconhecida e aplicada com prudência. Na dúvida, não deverá ser aplicada. Se houver litígio, cabe ao juiz examinar o conteúdo do contrato, para reconhecer a existência de termo essencial, os requisitos necessários para o decreto da resolução, que são os comuns do instituto [...], especialmente quanto à gravidade do descumprimento e à imputação culposa ao devedor, além do comportamento das partes após a falta da prestação. Na apreciação do contrato, o juiz indagará sobre a natureza essencial da prestação, considerando a totalidade da relação obrigacional.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*: da extinção do contrato. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6. T.2. p.414-415).

importância do inadimplemento, comportamento das partes e ponderação das consequências avindas da resolução –, a resolução se mostrar abusiva.

Sobre o segundo questionamento apresentado, há que se indagar se é possível aplicar a teoria do adimplemento substancial em casos em que a obrigação prevista na cláusula resolutiva expressa é essencial e foi descumprida, mas apenas parcialmente. Em outras palavras: se a obrigação foi cumprida de forma inexata é possível obstar a resolução contratual prevista expressamente no contrato sob o fundamento de que o adimplemento é muito próximo do esperado?

Seguindo a mesma linha da indagação anterior, entende-se que a resposta também é afirmativa. Ainda que a autonomia privada exerça enorme importância nas relações contratuais, não se pode olvidar que o exercício do direito, ainda que estruturalmente lícito, pode se configurar abusivo quando em desconformidade com os valores pregados pelo ordenamento.³²²

Nesse passo, em caráter excepcional, a resolução poderá ser afastada quando a obrigação prevista na cláusula resolutiva expressa for substancialmente cumprida, observados os parâmetros apresentados. Aplica-se o adimplemento substancial, como meio de controle axiológico do direito do credor, de modo a afastar a resolução abusiva.

³²² Eduardo Luiz Bussatta também admite a aplicação da teoria do adimplemento substancial em contratos com cláusula resolutiva expressa, em casos excepcionais: “tendo a teoria do adimplemento substancial como fundamento a boa-fé objetiva, ou seja, dela decorre, é certo que as partes não podem estabelecer cláusula que a contrarie, sob pena de ser considerada abusiva. [...] Num primeiro momento, vindo a ocorrer o inadimplemento previsto no contrato como apto a dar ensejo à resolução, o contrato estará resolvido de pleno direito. Porém, caso a cláusula resolutiva expressa seja contrária à boa-fé, à medida que importar em sanção manifestamente excessiva diante da insignificância do inadimplemento, será nula ou ao menos ineficaz. [...] Assim, vindo o Poder Judiciário a ser instado a manifestar-se em ação declaratória movida pelo contratante inadimplente, poderá o magistrado fazer o controle da gravidade do descumprimento *a posteriori*, declarando até mesmo a abusividade da cláusula que instituiu a resolução e determinando a manutenção do vínculo contratual. Também, não se poderá deixar de levar em conta que a cláusula resolutiva implica o reconhecimento pelas partes de que o inadimplemento lesa seus interesses e admite a resolução. Afinal, como dito, as partes, ao menos em tese, livremente valoraram a gravidade do descumprimento e entenderam que em tais hipóteses o resultado que mais lhe interessa é a extinção do vínculo. Nessa medida, havendo verdadeira cláusula resolutiva expressa (exclui-se a mera cláusula de estilo), somente em casos extremos (em que a cláusula é realmente contrária à boa-fé objetiva) será lícito ao magistrado desconsiderar a cláusula resolutória e declarar o contrato mantido.” (BUSSATA, Eduardo Luiz. *A resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.96-97).

CONCLUSÃO

Inobstante a ausência de previsão legal expressa no ordenamento brasileiro, o adimplemento substancial tem por fundamento a boa-fé objetiva e é largamente adotado tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais.

Embora se defenda que seu campo de incidência é amplo – incluindo-se, por exemplo, a exceção de contrato não cumprido e a extensão da responsabilidade do devedor pelo fortuito em casos de mora -, o adimplemento substancial, atualmente, tem sua maior aplicação no âmbito das discussões acerca da resolução contratual, objeto desse estudo.

Mecanismo de controle axiológico do direito à resolução, o adimplemento substancial vai funcionar como óbice à resolução contratual, quando configurado o abuso. O vínculo obrigacional permanece produzindo efeitos e ao credor caberá requerer o cumprimento da prestação devida, além de perdas e danos.

Apesar de bastante invocada no Direito brasileiro, a aferição do adimplemento substancial no caso concreto apresenta significativas dificuldades. Diante da ausência de dispositivo legal que regule o instituto, de conceitos que definam o que é o adimplemento substancial, da diversidade contratual à qual se aplica a teoria, das peculiaridades fáticas de cada caso concreto, cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de identificar limites e parâmetros de aplicação.

Embora se reconheça a necessidade de utilização de critérios qualitativos, os julgados tendem a aplicar apenas o parâmetro quantitativo, que consiste na comparação matemática entre a obrigação adimplida e o total contratado.

A avaliação da proporção entre a parcela cumprida e o total do contrato como patamar apto a caracterizar ou não o adimplemento substancial é realizada de forma superficial e não leva em conta as particularidades do caso concreto. A análise meramente quantitativa gera também disparidade entre os julgados quanto ao percentual que configuraria parcela ínfima do contrato.

Diante desse cenário de imprevisibilidade e insegurança jurídica, iniciou-se o presente estudo, com o objetivo de sistematizar os parâmetros apresentados pela doutrina, objetivando a aplicação do adimplemento substancial.

Tendo em vista a impossibilidade de fixação de parâmetros rígidos, a diversidade contratual e a importância de levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, a avaliação não pode ser realizada com base em um único critério. Por isso, no sistema proposto,

todos os parâmetros devem ser utilizados para a verificação da incidência ou não do adimplemento substancial.

O primeiro deles é o interesse útil. A verificação de sua existência no caso concreto consiste em tarefa complexa e de considerável dificuldade. Para a sua aferição, deixa-se de lado o caráter meramente subjetivo, devendo-se levar em consideração a causa do contrato, entendida como o atendimento da função do negócio.

Ocorre que, apesar do grande esforço para a objetivação de seu conceito, não é possível afastar por completo o caráter subjetivo do interesse útil, o que além de dificultar a sua verificação, pode permitir que o credor dele se valha de forma abusiva. É o caso, por exemplo, das prestações pecuniárias.

Diante desse cenário, nas hipóteses em que a ausência de interesse útil não for evidente, a sua aferição, para fins de aplicação da teoria do adimplemento substancial, deverá ser feita de forma conjunta com os demais parâmetros.

O segundo critério de avaliação é a importância da obrigação inadimplida. Apesar de largamente utilizada, a análise quantitativa não é suficiente para a verificação da incidência da teoria no caso concreto. Ao se analisar a obrigação por meio de uma operação matemática, deixam-se de lado as peculiaridades do contrato. Com efeito, o inadimplemento, ainda que em iguais proporções, tem diferentes impactos em situações diversas, podendo, em determinadas hipóteses configurar descumprimento ínfimo e, em outras, acarretar na perda do interesse do credor na prestação devida.

A análise deve ser, portanto, qualitativa, tendo por base a função do contrato, sua causa. Deve-se verificar a importância de determinado descumprimento para a economia global da obrigação, preservando-se a manutenção do sinalagma.

O comportamento das partes também é de extrema importância para a aplicação da teoria. Tendo em vista tratar-se de instituto que tem por fundamento a boa-fé objetiva, é imprescindível que, para a sua incidência, as partes guardem, durante toda a relação obrigacional, conduta pautada na referida cláusula geral.

De um lado, o credor que apresentar comportamento capaz de criar no devedor expectativa legítima de que o descumprimento de determinada obrigação não terá o condão de extinguir o contrato, não poderá se valer da resolução. De outro, também não se pode cancelar o comportamento do devedor que, a seu turno, não se comporta nos limites da boa-fé, como por exemplo, aquele que, instado a purgar a mora por diversas vezes queda-se inerte sem justificativa.

Por fim, deverão ser ponderadas as consequências advindas da resolução contratual ou da manutenção do vínculo para as partes contratantes, utilizando-se o critério da proporcionalidade entre o remédio cabível e o inadimplemento ocorrido.

Se os prejuízos decorrentes da extinção ou da manutenção do contrato forem consideravelmente significativos para uma das partes, em desproporção a eventuais efeitos de outra medida, deve-se aplicar a opção menos gravosa entre as oferecidas.

Por fim, em hipóteses em que, no contrato, estiver prevista cláusula resolutiva expressa, o campo de incidência do adimplemento substancial é extremamente reduzido, já que as partes previamente estipularam o que o descumprimento de determinada obrigação fulmina de morte o vínculo. Apenas em casos excepcionais, em que a resolução for exercida de maneira abusiva pelo credor, diante da análise dos parâmetros apresentados, aplicar-se-á o adimplemento substancial como mecanismo de controle axiológico do direito do credor.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

_____. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. *Revista de Informação Legislativa*, v.31, n.121, p.211-225, 1994.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6. T.2.

ALVES, Jones Figueiredo. Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato. *Revista do Advogado*, v.28, n.98, p.124-131, jul. 2008.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.9, n.1, p.60-77, nov. 1993.

BÉNABENT, Alain. *Droit des Obligations*. 15.ed. Paris: LGDJ, 2016.

BENETTI, Giovanna. Criteria for application of a fundamental breach of contract in the CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Eds.). *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. The Hague, the Netherlands: Eleven, 2016. p.243-264.

BERTINO, Lourenzo. *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n.65, p.21-32, 1993.

_____. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.1, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BOONE v. EYRE. Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/cases/2417>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BORJA, Ana Gerda de. Instalment Contracts and fundamental breach in the CISG: a brazilian perspective. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leandro (Eds.). *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*. The Hague, the Netherlands: Eleven, 2016. p.433-449.

BRIDGE, Michael. Avoidance for fundamental breach of contract under the UN convention on the international sale of goods. *International and Comparative Law Quarterly*, v.59, p.911-940, jan. 2010.

BURLAMAQUI, Renata Junqueira. A aplicação da teoria do adimplemento substancial no Brasil. In: TOSTES, Sergio (Org.). *Temas da prática do direito*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2011. p.150-155.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *A resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.377-397.

CENDON, Paolo. *Commentario al codice civile*. Milano: Giuffrè, 2010.

CHANTEPIE, Gael; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations: Comentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*. Paris: Dalloz, 2016.

CHATAIN, Antoine; LATASTE, Stéphane. Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats. *Gazette du Palais*, Édition Normale, n.41, p.3230-3231, 22 nov. 2016.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Wolters Kluwer [Padova]: CEDAM, 2014.

COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992.

CUTTER V POWELL (1795) 6 TR 320. Disponível em:
<<https://www.lawteacher.net/cases/cutter-v-powell.php>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Paris: LexisNexis, 2016.

DISSAUX, Nicolas; JAMIN, Christophe. *Projet de réforme du droit des contrats du régime*

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

GABRIELLI, Enrico. *Commentario del Codice Civile: Dei contratti in generale*. Torino: UETT Giuridica, 2011.

GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GREBLER, Eduardo. Fundamental Breach of Contract Under the CISG: A Controversial Rule. In: ANNUAL MEETING (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW), 2007, Washington. *Proceedings...* Washington, DC, 28-31Mar. 2007. v.101. p.407-413.

HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3.ed. 1999. p.204-212. Reproduced with permission of the publisher, Kluwer Law International, The Hague. Disponível em:
<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho25.html>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

HOUTCIEFF, Dimitri. *Droit des Contrats*. 2.ed. Bruxelles: Larcier, 2016.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.370-381.

_____. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.43, p.33-75, jul./set. 2010.

_____. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.50, p.225-228, abr./jun. 2012.

_____. Para além da principalização da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.13, p.39-59, jul./set. 2017.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista dos Tribunais online*. Disponível em: <http://www.academia.edu/26776619/Vulnerabilidade_patrimonial_e_vulnerabilidade_existencial_por_um_sistema_diferenciador>. Acesso em: 16/01/2018.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.1, n.2, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. T.1.

LAZZARIN, Joel Felipe. Aplicação da teoria do adimplemento substancial segundo a baliza da boa-fé objetiva. *Revista Jurídica*, v.58, v.400, p.51-64, jan. 2011.

LEISINGER, Benjamin K. *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*. Germany: Sellier European Law Publishers, 2007.

LIMA MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. *Comentários ao Código Civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5. T.1.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5. T.2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial; direito das obrigações.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. T.22-25.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações – obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Parte Especial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. T.22.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.255-280.

_____. As cláusulas de representação e garantia e a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos paritários. In: CONPEDI (Org.). *Direito civil I.* João Pessoa: Conpedi, 2015. v.1. p.91-107.

NANNI, Luca. *Della risoluzione per inadempimento.* Bologna: Zanichelli, 2007. v.2. T.1.

NAVARRETTA, Emanuela; ORESTANO, Andrea. *Dei Contratti in Generale.* Torino: UTET Giuridica, 2011.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.221-253.

OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.615-634.

_____. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.93, p.13-28, 2014.

_____. *Do negócio fiduciário à fidúcia.* São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.101, n.24, p.103-136, set./out. 2015.

PALMIERI, Davide. *La risoluzione per inadempimento nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Caitlin Mulholland. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza: Delle obbligazioni*. Bologna: Zanichelli, 1991. Libro Quarto. T.1.

_____. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997.

_____. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.12, p.131-151, out./dez. 2002.

_____. Nuovi profili del contratto. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del diritto civile*. Áples: ESI, 2003. p.417-439.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PICARD, Maurice; PRUDHOMME, André. De la résolution judiciaire. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t.11, p.61-109, 1912.

PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000.

PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico: Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951.

RENERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.281-313.

ROCHA, Amelia Soares da; JEREISSATI, Regis Gurgel do Amaral. O adimplemento substancial em contrato de alienação fiduciária em relação de consumo e a (im)possibilidade de ação de busca e apreensão. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, v.25, n.104, p.445-469, mar./abr. 2016.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p.125-146.

_____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.32, p.3-27, out./dez. 2007.

_____. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.49-60.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.315-330.

_____. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 4.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

_____. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo, FRADERA, Vera; PEREIRA, Cesar A. Guimaraes. *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955. v.2.

SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.35-91, abr./jun. 2012.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v.54, p.65-98, abr./jun. 2013.

STELLENBOSCH, Gerhard Lubbe. Fundamental breach under the GISC: a source of fundamentally divergent results. *Rebels Zeitschrift fur Auslandsches und Intenationales Privatrecht*, v.68, p.444-472, Jahrgang 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro. Renovar, 2004. T.1. p.279-310.

_____. A constitucionalização do novo código civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. T.2. p.383-385.

_____. O Código Civil e o direito civil constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. T.2. p.377-378.

_____. O novo e o velho direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. T.2. p.398-401.

_____. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. T.2. p.241-273.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1-23. T.1.

_____. A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeitão. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.8, p.6-8, abr./jun. 2016.

_____. *Notas sobre a função social do contrato*. Disponível em:

<http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos>. Acesso em: 20 set. 2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.29-44.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A contemporânea teoria do inadimplemento: reflexões sobre a violação positiva do contrato, o inadimplemento antecipado e o adimplemento substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v.2. p.183-200.

_____. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v.11, p.95-113, jan./mar. 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide., 1993.

_____. Comentários ao Novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Coord.). *Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos jurídicos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.3. T.2. p.129-133.

_____. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.3.

TIBURCIO, Carmen. Consequências do inadimplemento contratual na Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.37, p.167-183, abr./jun. 2013.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2016. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1.

VILLELA, João Batista (Ed.-Resp.). *Princípios Unidroit 2004: relativos aos contratos comerciais internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. [versão em língua portuguesa].

WILL, Michael. In: BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987. p.205-221. Reproduced with permission of Dott. A Giuffrè Editore, S.p.A. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html#ii>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. Decreto-lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Lei n.º 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969, as Leis n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, e n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.043, de 13 de novembro de 2014. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias;... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13043.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 76.362/MT*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 11/12/1995. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ. 01/04/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 113.710/SP*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 25/02/1997. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 31/03/1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 272.739/MG*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 01/03/2001. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 02/04/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 415.971/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 14/05/2002. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJ 24/06/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 469.577/SC*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 25/03/2003. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 05/05/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.051.270/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 04/08/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 05/09/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.200.105/AM*. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Julgamento: 19/06/2012. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 27/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.215.289*. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgamento: 05/02/2013. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 21/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.418.593/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 14/05/2014. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 27/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.581.505/SC*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/08/2016. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.622.555/MG*. Relator: Min. Marcos Buzzi. Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 23/02/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 16/03/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.636.692/RJ*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 12/12/2017. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 18/12/2017.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. German Civil Code. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>. Acesso em: 20 out. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 586 da Jornada de Direito Civil*: Para a caracterização do adimplemento substancial (tal como reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil – CJF), levam-se em conta tanto os aspectos quantitativos como qualitativos. Coordenação geral do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 162 da III Jornada de Direito Civil*: A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 20 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 70052734076*. Relator: Gelson Rolim Stocker. Julgamento: 31/01/2013. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Publicação: 15/02/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 70073301921*.
Relator: Min. Miriam A. Fernandes. Julgamento: 25/05/2017. Órgão Julgador: 14.^a CC.
Publicação: 30/05/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 70073924979*.
Relator: Des. Giovanni Conti. Julgamento: 22/06/2017. Órgão Julgador: Décima Sétima
Câmara Cível. Publicação: 27/06/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 700667935239*.
Relator: Min. Alexandre Kreutz. Julgamento: 05/07/2017. Órgão Julgador: 20.^a CC.
Publicação: 12/07/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 70074985268*.
Relator: Min. Pedro Celso Dal Pra. Julgamento: 14/09/2017. Órgão Julgador: 18.^a CC.
Publicação: 19/09/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 70073686388*.
Relator: Min. Voltaire de Lima Moraes. Julgamento: 14/09/2017. Órgão Julgador: 19.^a CC.
Publicação: 19/09/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 70074221821*.
Relator: Min. Marlene Marlei de Souza. Julgamento: 23/11/2017. Órgão Julgador: 18.^a CC.
Publicação: 19/11/2017.