

O adimplemento substancial nas obrigações e contratos

Alexandre Santos Sampaio

Advogado no Distrito Federal

Assessor Jurídico do Banco do Brasil

Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro

Universitário de Brasília

Especialista em Direito Público pela Associação

Educacional Unyahna

Especialista em Direito Civil pela Universidade

Federal da Bahia

Bacharel em Direito pela Universidade

Católica de Salvador

Bacharel em Administração pela Universidade

do Estado da Bahia

RESUMO

O objetivo deste artigo é expor e avaliar a teoria denominada *substantial performance* (teoria do inadimplemento mínimo) nas relações obrigacionais e contratuais. É visto, valendo-se de doutrinas e jurisprudências sobre o tema, que a regra da obrigação, em sentido amplo, é a sua extinção total com o adimplemento pleno da relação jurídica travada. Todavia, em caso de adimplemento significativo, do ponto de vista qualitativo e quantitativo, não cabe romper o vínculo firmado, mas apenas outros efeitos jurídicos, como a cobrança ou o pleito de indenização por perdas e danos. Em alguns casos, como operações de crédito com alienação fiduciária ou dívidas de pensão alimentícia, todavia, a jurisprudência tende a não aplicar a aludida teoria. Concluiu-se que é necessário equilíbrio entre o desejo do credor em ter satisfeito o seu direito e o dever do devedor em honrar suas obrigações dentro da razoabilidade e sem coações desnecessárias.

Palavras-chave: Direito Civil. Contratos. Inadimplemento. Mínimo.

ABSTRACT

The objective of this article is to expose and evaluate the theory called *substantial performance* (theory of minimum default) in the contractual and contractual relations. It is seen, using doctrines and jurisprudence on the subject, that the rule of obligation, in a broad sense, is its total extinction with the

full adimplemento of the legal relationship waged. However, in the case of significant performance, from a qualitative and quantitative point of view, it is not necessary to break the established agreement, but only other legal effects, such as the collection or the claim for damages. In some cases, such as credit operations with fiduciary alienation or child support debts, however, case law tends not to apply the aforementioned theory. It has been concluded that a balance must be struck between the creditor's desire to have satisfied his right and the debtor's duty to honor his obligations within reason and without unnecessary constraints.

Keywords: Civil Law. Contracts. Noncompliance. Minimum.

Introdução

O propósito deste trabalho é o de analisar o adimplemento substancial, denominada de teoria da *substantial performance*, e seus reflexos nas relações obrigacionais e contratuais. Para tal intento, como metodologia, buscar-se-á percorrer o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio sobre a matéria para aferir em que medida e em quais situações será possível cogitar aplicar a teoria do inadimplemento mínimo.

Dito isso, cumpre salientar que os sujeitos de direito, pessoas físicas e jurídicas, travam diversas relações obrigacionais e contratuais cujo objeto pode ser uma obrigação de dar, fazer ou não fazer. Seu fim natural, por assim dizer, é o seu adimplemento total, o cumprimento integral de todas as obrigações impostas na relação jurídica. É o atendimento do postulado *Pact Sunt Servanda*. Realizado o pacto obrigacional, os sujeitos se vinculam e devem se sujeitar às estipulações e ao objetivo traçado com a parte oposta, as prestações e contraprestações negociadas.

Nesse sentido, o jurista Paiva (2009, p. 3) leciona:

Todos os dias, pessoas – físicas ou jurídicas – vinculam-se umas às outras por intermédio de relações jurídicas, assumindo reciprocamente obrigações positivas (fazer ou dar) ou negativas (não fazer). E o fazem, destaque-se, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos. Assim surgem os negócios jurídicos. Essas obrigações assumidas têm um único destino normal e esperado, qual seja, o seu adimplemento. Assim, o artesão que se compromete a fazer uma escultura, deve entregá-la no prazo determinado; a construtora que vende um apartamento na planta, deve entregá-lo na forma e no termo previsto no contrato de compra e venda da unidade habitacional; o

empregado que tem contato com informações confidenciais (segredo industrial, por exemplo) da empresa em que trabalha e que assume o dever de guardar sigilo sobre as mesmas, deve abster-se de divulgá-las. Enquanto essas obrigações são devidamente observadas e cumpridas pelos contratantes, os negócios jurídicos formam-se, desenvolvem-se e se encerram de maneira saudável.

Entretanto, às vezes, nas obrigações e relações contratuais, há eventos diversos que impedem a total liquidação da obrigação, ficando, por vezes, parcela residual vencida de relativa menor importância, haja vista que a obrigação principal foi devidamente atendida. É o caso, por exemplo, de um empréstimo feneratício contratado em trinta e seis parcelas mensais e sucessivas em que o devedor tenha adimplido vinte e oito parcelas, mas, por um desemprego inesperado, tenha deixado de honrar as parcelas restantes. É observável neste caso que o devedor efetuou uma considerável amortização do empréstimo, tendo, ao menos, restabelecido ao credor o capital disponibilizado.

Desse modo, nesses casos, a jurisprudência inglesa, inicialmente, construiu a teoria da *substantial performance*, que parte do pressuposto de que, quando o valor principal tenha sido honrado, a obrigação pode ser revista ou até mesmo extinta, verificadas as circunstâncias que ocorreram o inadimplemento.

Vale advertir que a regra da obrigação é a sua extinção total com o adimplemento pleno da relação jurídica travada. O inadimplemento é uma irregularidade, uma mácula no pacto firmado. Tal teoria ora em análise trata-se de uma exceção e é comumente aplicada em fase posterior, quando o direito do credor se queda inerte no seu intento principal e, já em vias judiciais, o magistrado, analisando o caso em concreto, decide por aplicar a citada teoria para pôr fim à relação obrigacional ou revisá-la com condições novas com o intuito de ajustar a relação obrigacional à nova realidade fática.

Assim, o presente trabalho buscará traçar, sem pretensão de esgotar o tema, uma visão panorâmica das relações contratuais e obrigacionais e suas formas de extinção, bem como, em momento posterior, adentrará na teoria citada buscando responder às seguintes indagações: Em quais situações cabe aplicar a teoria do adimplemento substancial (também chamado de inadimplemento mínimo)? Quais são os reflexos nas relações contraídas? Tal teoria é compatível com o sistema jurídico vigente no Brasil?

1 As relações obrigacionais e contratuais

As relações jurídicas de cunho obrigacional ou contratual são firmadas entre sujeitos de direito com capacidade e legitimidade plena para contrair tal benesse ou encargo, pessoa física ou jurídica, com um objeto específico (dar, fazer ou não fazer), lícito, em geral a obrigação possui prazo certo para o seu adimplemento, estipulado em razão da vontade livre e consciente das partes envolvidas. É o que diz o artigo 104 do Código Civil:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

É célebre a frase esculpida na obra literária *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare (1999, p. 38), traduzindo uma relação obrigacional daquela época:

Se for comigo ao notário e lá selar um compromisso simples que dirá que se não pagar em certo dia e local a soma mencionada na nota, a multa imposta fica arbitrada numa libra justa de sua carne alva, a ser cortada. E tirada da parte de seu corpo quando na hora da escolha me aprouver.

Em que pese a multa pelo atraso com sofrimento físico, uma libra da própria carne, ser inadmissível no nosso ordenamento pátrio, há uma série de elementos válidos na peça de Shakespeare: as formalidades, a autonomia privada, o compromisso entre as partes, o dia e local do pagamento e a possibilidade de multa por atraso no pagamento. Todos esses elementos são plenamente aplicáveis nas relações jurídicas obrigacionais e contratuais.

A teoria do inadimplemento mínimo foi concebida no direito contratual anglo-saxão, tendo como primeiro caso a disputa judicial travada entre Boone e Eyrem em 1779, de acordo com Tartuce (2015, p. 5), razão pela qual vale ressaltar que ele guarda distinções com o direito pátrio. Tratando sobre as relações contratuais norte-americanas, Almeida (2004, p. 5) realça o enfoque dado pelos tribunais do *common law*:

Conclui-se que, por ser o “common law” baseado primeiramente em decisões judiciais (“cases”) e não em lei, como ocorre nos países que adotam o “civil law”, dentre eles o Brasil, a matéria relativa a relação

contratual deve ser analisada de acordo com o prisma focado pelas cortes americanas, as quais mostram uma tendência forte em analisar os elementos subjetivos da relação contratual, ou seja, a intenção das partes quando feita a oferta e quando fora esta aceita, resguardando, sempre que possível, a obrigação das partes, as quais possuem o dever de agir com boa-fé e velar pela segurança da relação contratual.

Do exposto, verifica-se que o direito pátrio, descendente do direito romano, privilegia o formalismo e a análise jurídica. Inicialmente, focava-se unicamente no texto obrigacional firmado, o princípio do *pacta sunt servanda*, em que as partes eram escravas dos pactos firmados. Já com a influência do direito norte-americano, ocorreu um gradativo repensar dos institutos culminando na positivação de diversos institutos no Código Civil de 2002. Houve um olhar mais atento ao interesse, à intenção das partes ao firmar eventual contrato, bem como a princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

2 O inadimplemento obrigacional

O adimplemento da obrigação se aperfeiçoa com o pagamento, que, nos dizeres de Coelho (2012, p. 221), é possível afirmar que pagamento, mais do que o cumprimento de uma obrigação pecuniária, a entrega de dinheiro, pode significar o cumprimento de obrigação de qualquer modalidade, ou seja, quando se diz que houve o pagamento se engloba qualquer adimplemento, seja a obrigação pecuniária, dar, fazer ou não fazer a que corresponde a prestação.

O conceito oposto, por sua vez, a inadimplência, de acordo com o Dicionário Aurélio (2004, p. 468), é a “falta de cumprimento de um contrato ou de qualquer de suas condições”.

Tal conceito, apesar de não estar incorreto, mostra-se incompleto do ponto de vista jurídico. O bojo da obrigação ou do negócio jurídico reside no cumprimento do que fora avençado. Não cumpriu, em sentido amplo, verifica-se a inadimplência, o descumprimento de um dever obrigacional ou contratual inicialmente pactuado.

Ocorre que, à luz do direito civil-constitucional, a relação não é travada apenas dentro dos ditames obrigacionais e contratuais internos: há deveres anexos, como a boa-fé, a ética e a função social do contrato.

Nesse sentido, os professores Farias e Rosenvald (2006, p. 336) explicam:

Para além das obrigações delineadas por seus partícipes, o negócio jurídico é modelado, em toda a sua trajetória, pelos chamados deveres anexos ou laterais, oriundos do princípio da boa-fé objetiva. Enquanto as obrigações principais são dadas pelas partes, os deveres anexos são impostos pelas necessidades éticas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de sua inserção em qualquer cláusula contratual.

O inadimplemento é tratado por muitos doutrinadores como uma patologia do negócio jurídico ou obrigacional, como se observa no comentário de Siqueira (2009, p. 4):

Estudar, pois, a figura jurídica do inadimplemento das obrigações é perscrutar o terreno doentio do negócio jurídico, no que o jurista muito se aproxima do médico: pesquisa as causas da doença, conhece seus efeitos e busca a cura. E o mais curioso: assim como o médico normalmente é consultado quando a doença já se instalou, também se busca o jurista quando a patologia negocial se manifesta.

Dessa forma, constata-se o inadimplemento interno, no bojo da relação obrigacional ou contratual que se caracteriza pelo descumprimento do que fora avençado, e o inadimplemento externo, fruto da inobservância dos princípios civil-constitucionais norteadores das relações jurídicas, quais sejam, a boa-fé, a eticidade e a função social.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 397) esclarecem que o inadimplemento no âmbito contratual, mesmo sem uma cláusula que preveja a resolução do pacto, dar-se-á ensejo ao pedido de rompimento do negócio, sem prejuízo das perdas e danos decorrentes. Senão, vejamos:

Assim, nos contratos bilaterais, mesmo não havendo cláusula que preveja a resolução da avença em caso de inadimplemento (acontecimento futuro e incerto), se uma das partes não cumprir a sua obrigação, poderá a outra pleitear a dissolução do negócio, cumulada com perdas e danos, exigindo-se-lhe, todavia, antes do ajuizamento da ação principal, a interpeção judicial do inadimplente.

Por sua vez, pode-se citar como exemplo de boa-fé e transparência o dever do vendedor de um estabelecimento empresarial de informar eventuais pendências financeiras ou tributárias que acompanham o acervo patrimonial que possa inferir na decisão do comprador de celebrar ou não o negócio. A tentativa

de acobertar tais dívidas, de maneira maliciosa, pode levar, em que pese o contrato de compra e venda venha a estar em perfeita conformidade com a ordem jurídica vigente, a sua anulação por quebra do dever lateral de informação e boa-fé entre as partes.

Além disso, a relação clássica obrigacional ficava adstrita às partes envolvidas. Atualmente, há um terceiro interveniente: a sociedade e o seu interesse no negócio. Desse modo, o negócio pode estar perfeito entre as partes, mas se a função social não é atendida, tal relação pode ser revista pelo juiz, pois haveria um inadimplemento para com a sociedade, conforme preceitua o jurista Catalan (2008, p.3):

Aliás, a necessidade de observância da função social do contrato, expressamente inserida no texto do atual Código Civil, sob as vestes de cláusula geral, demonstra a preocupação do legislador em proteger a coletividade, concedendo ao magistrado, efetivo poder jurígeno quando da aplicação da norma ao caso concreto. Pode concluir-se então que não seria válido o pacto firmado com finalidade anti-social, ferindo assim interesse protegido pela Lei maior, considerando-se o negócio jurídico assim contratado, ato jurídico *lato sensu* passível de ser revisto, ante a ofensa aos interesses sociais previstos na Constituição.

Vale ressaltar também que existe uma gradação do inadimplemento que perpassa pelo absoluto (total ausência de cumprimento do que fora avençado) até o ínfimo (de diminuta importância para a relação contratual como um todo), sendo esse último o foco do presente trabalho, pois não há que se falar em aplicação da teoria da *substantial performance* quando a inadimplência é relevante, seja no sentido quantitativo quanto qualitativo, para o negócio firmado.

Do exposto, depreende-se que a inadimplência no cenário atual é bem abrangente, podendo atingir diversas fases da relação jurídica firmada, razão pela qual a teoria do inadimplemento mínimo não deve se restringir apenas à relação contratual formalmente subscrita, mas ao negócio jurídico como um todo.

3 A teoria da *substantial performance*

Tratando do início da aplicação da teoria do inadimplemento mínimo, primeiramente na Inglaterra, a jurista Lima (2007, p. 6) explica:

A doutrina do adimplemento substancial teve sua origem em 1779, nos tribunais ingleses, com o caso *Boone versus Eyre* (OMAIRI, 2005), no qual o Julgador da questão, Lord Mansfield, declarou ser o direito de resolução, naquela situação, abusivo, permitindo apenas a indenização, já que o contrato havia sido adimplido substancialmente. No Brasil, o responsável por introduzir a doutrina da substancial performance foi o jurista Clóvis do Couto e Silva, fundamentando a sua utilização em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, embora este ainda não fosse expresso no Código Civil de 1916. A sua definição desta doutrina foi reproduzida por Jones Figueiredo Alves (2005, p.408), a qual seria “Um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento, vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé.”

A mesma autora revela a não positivação da teoria no nosso direito pátrio e sua relação próxima com a boa-fé objetiva:

Mister ressaltar que, embora já largamente adotada pela jurisprudência brasileira, a doutrina do adimplemento substancial não estava expressa no Código Civil de 1916, e também não foi positivada no Código Civil de 2002. Porém, sua aplicação ganhou uma base mais sólida com o implemento da boa-fé objetiva no art. 422, já que ambos os institutos estão estritamente relacionados.

Tartuce (2015, p.8) registra que, com o adimplemento significativo do que foi inicialmente acordado, por essa teoria, na hipótese, por exemplo, quando o contrato tiver sido quase todo cumprido e a mora considerada insignificante, não caberá sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, como a cobrança ou o pleito de indenização por perdas e danos.

Deveras, a princípio, se um contrato é quase todo cumprido, mas, por algum motivo, parte pequena resta inadimplida, descabe uma solução severa, como a resolução integral do pacto, quando for possível, por outros meios, como a cobrança ou indenização por perdas e danos resolver a falta de uma das partes. Não se pode olvidar, afinal, que, mesmo em uma execução judicial de dívida integral, deve-se buscar, com fulcro no art. 805 do Código de Processo Civil, o meio menos gravoso para o executado. Se mesmo em tal situação, deve-se buscar uma solução menos gravosa, mais razão ainda tem a manutenção de um contrato com inadimplência reduzida.

A jurisprudência enfrenta o tema a contento, a despeito de inexistir legislação específica tratando sobre tal teoria. É o que se verifica no REsp 272739/MG, DJ 02/04/2001, p. 299, com Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Ementa: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

O citado ministro-relator ponderou, em seu voto, demonstrando a plena aplicabilidade do instituto da teoria do inadimplemento mínimo ao sistema jurídico brasileiro, relacionando com a boa-fé contratual:

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo, para ser revendido

nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado.

É observável, no caso em tela, a atitude abusiva do credor ao tentar constranger o bem alienado fiduciariamente, tendo o devedor pago quase a totalidade do financiamento. Deve-se buscar sempre um ponto de equilíbrio entre o direito do credor em ter seus créditos satisfeitos e o do devedor de não sofrer condutas abusivas por parte do seu credor. Acertadamente, o ministro afastou a constrição judicial mais penosa ao devedor, mas também não excluiu o direito creditório, deixando aberta a possibilidade da cobrança ordinária do saldo residual pendente.

É nesses casos que a teoria da *substantial performance* deve incidir, diferentemente do inadimplemento total ou parcial da dívida que emergem ao credor todas as possibilidades possíveis para, lícitamente, buscar a satisfação do seu crédito. Nesse sentido, Figueiredo (2005, p. 407):

-Inadimplemento relativo: este se configura quando o cumprimento da obrigação ainda é possível, embora seja tardio.

-Inadimplemento absoluto: ocorre quando o descumprimento da obrigação contratada inviabiliza qualquer forma de manutenção posterior do contrato, restando apenas a sua resolução e indenização.

-Inadimplemento insignificante: este ocorre quando o descumprimento do contrato atinge proporções mínimas, de tal modo que não chega a afetar os efeitos esperados pelo contrato.

Assim, diante de um inadimplemento insignificante, o contrato não chega a ser afetado na sua estrutura primordial, descabendo a sua resolução total ou a constrição mais gravosa ao devedor.

Deve-se ressaltar que a boa-fé é uma via de mão dupla: tanto o devedor quanto o credor devem observá-la; de igual sorte, a eticidade, a conduta proba, que deve permear as relações contratuais e obrigacionais existentes.

Sobre o tema, o Enunciado nº 361 da IV Jornada de Direito Civil estabelece que “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

Vê-se, portanto, que, ainda que não exista uma previsão legal explícita sobre a teoria da *substantial performance* no direito pátrio, os princípios que regem as relações, notadamente a

boa-fé objetiva e a função social do contrato, servem de baliza para a atuação das partes e para a análise da possibilidade, ou não, de manter a relação contratual, nos termos do art. 475 do Código Civil, o qual preceitua, em síntese, que, caso não se resolva, por impossibilidade ou conveniência, a relação obrigacional ou contratual, caberá exigir o cumprimento e, em qualquer dos casos, será possível cogitar perdas e danos em decorrência da inadimplência verificada.

Sobre o tema, Araújo (2017, p. 4) pondera que a regra é a obediência ao princípio do *pacta sunt servanda*, mas se os requisitos para a aplicação da teoria do inadimplemento mínimo estiverem presentes no caso concreto de inadimplência do devedor, cabe a sua aplicação:

A doutrina da *substantial performance* é uma dentre várias significativas limitações à liberdade contratual; notadamente por retirar, do prejudicado, o direito de optar pela resolução do contrato, ainda que da avença tenha constado a cláusula resolutiva. Assim, importa que a teoria do inadimplemento substancial seja usada com cautela, isto é, para casos em que realmente for indicada, garantindo-se, por outro lado, prestígio ao princípio *pacta sunt servanda*. Cautela, entretanto, não quer dizer parcimônia. Em suma, que se use sempre que possível a doutrina da “*substantial performance*”, desde que acertadamente. Não há motivo para assombro, pois, a teoria já está inserida na prática forense brasileira.

Vale enfatizar também que não há uma estipulação quantitativa do que seja um inadimplemento insignificante. O ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado, corroborando com o tribunal *a quo* de Santa Catarina, já decidiu outra vez que o valor do saldo devedor correspondente a 20 por cento do valor do bem financiado não autorizaria a sua retomada (Resp 469577 / SC, DJ 05/05/2003 p. 310). É necessária a análise casuística de cada relação contratual inadimplente para se verificar se o saldo devedor é representativo ou não para a eventual aplicação do princípio *substantial performance*.

Nesse sentido, leciona Tartuce (2015, p. 5) sobre a necessidade de não só observar o critério quantitativo de cumprimento da avença, mas também a qualidade do inadimplemento, o que afasta a aplicação da teoria do inadimplemento substancial em caso de abuso de direito da parte inadimplente que, de maneira reiterada, purga a mora:

A análise do adimplemento substancial não deve ser meramente quantitativa, levando-se em conta somente o cálculo matemático do montante do cumprimento do negócio. Deve-se considerar também o aspecto qualitativo, afastando-se a sua incidência, por exemplo, em situações de moras sucessivas, purgadas reiteradamente pelo devedor, em claro abuso de direito.

Em sua ótica, Tartuce (2015, p. 5), com amparo na doutrina italiana, entende que a aplicação da teoria da *substantial performance* deve passar por dois filtros, um objetivo e outro subjetivo, sendo o primeiro uma medida econômica do descumprimento, e o segundo perpassa pela análise do comportamento das partes no processo contratual, pois, de fato, se há abuso de direito no uso da teoria em comento, ainda que quantitativamente o objeto tenha sido significativamente cumprido, a sua incidência ao caso concreto resta prejudicada e pode e deve ser afastada.

Por outro lado, cabe destacar também que a aplicação da teoria da *substantial performance* não pode inverter a regra do integral cumprimento da obrigação. Por isso, é necessário que se obedçam alguns requisitos para a sua aplicação no caso concreto, como bem pontuado pelo Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, no Resp 1581505/SC (Quarta Turma. DJe 28/09/2016):

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.

2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descuidar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.

3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas

legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no Resp. 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.

5. Recurso especial não provido.

Cabe registrar, também, que o STJ não tem admitido a aplicação da teoria do adimplemento significativo quando a situação fática é relacionada à alienação fiduciária, regida pelo Decreto-Lei 911/69. Vejamos o entendimento esposado pela 2ª Seção, no. REsp 1.622.555-MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 22/2/2017:

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapor às especificidades do instituto regulado pela lei especial (Art. 1.368-A, introduzido pela Lei nº 10931/2004).

1.1 Além de o Decreto-Lei nº 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, 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.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do

diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei nº 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp nº 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de construção judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 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. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso Especial provido.

É observável, portanto, que não é toda e qualquer obrigação ou contrato substancialmente cumprido que irá se servir da teoria da *substantial performance*, pois, a depender do tipo de dívida, como é o caso anteriormente exposto, envolvendo a alienação fiduciária de bens, que, por expressa disposição do Decreto-Lei 911/69, é autorizada a ação de busca e apreensão. Nesse caso, milita a favor do credor fiduciário entendimento de que o devedor inadimplente não pode se valer da teoria do adimplemento substancial para tentar se esquivar da ação de busca e apreensão.

Analisa-se também o entendimento do TJDFT sobre o tema no Acórdão nº 1078964, de relatoria do Desembargador James Eduardo Oliveira, da 4ª Turma Cível, (data de julgamento: 7/2/2018):

Todavia, a teoria do inadimplemento mínimo ou do adimplemento substancial (*substantial performance*) só pode ser aplicada nas hipóteses em que o devedor descumpra parte mínima ou insignificante do acervo obrigacional.

Em se tratando de alienação fiduciária em garantia, como na espécie, não parece apropriado reconhecer que o pagamento de aproximadamente 58,33% da dívida possa ser reputado adimplemento substancial, com a devida vênia.

O inadimplemento de quase a metade do débito tem impacto expressivo no equilíbrio contratual e não pode inibir a excussão da garantia do empréstimo por meio da busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente.

É de se ter presente que a incidência da cláusula resolutiva expressa, com a conseqüente possibilidade de o credor se investir na posse direta do bem que lhe pertence, constitui mecanismo de fortalecimento do crédito e de preservação da higidez do sistema financeiro como um todo.

Toda a engenharia econômica e jurídica dos contratos de alienação fiduciária está lastreada na garantia proporcionada pela preservação da propriedade fiduciária do veículo, que pode ser recuperado em caso de inadimplência mediante a ação de busca e apreensão disciplinada pelo Decreto-Lei 911/69.

O sistema jurídico delineado no Decreto-Lei 911/69, voltado à estimulação da concessão de crédito para a aquisição de veículos automotores, seria seriamente atingido caso fosse juridicamente viável admitir que o pagamento de parte expressiva do financiamento simplesmente desconstituiria a propriedade fiduciária que a norma atribui ao credor fiduciário, privando-o do acesso aos mecanismos prontos e efetivos para a recuperação do capital despendido.

Depreende-se que, no caso citado anteriormente, além da avaliação quantitativa do adimplemento, que não foi deveras significativa, eis que atingiu pouco mais da metade da dívida, também prevaleceu o entendimento de que, na alienação fiduciária, é admissível a busca e apreensão do bem do devedor inadimplente. Em tais operações bancárias, com alienação fiduciária, é dada ao credor uma ferramenta célere e efetiva para recuperar o capital despendido, a busca e apreensão do bem, sendo descabida a utilização da *substantial performance* para privilegiar o devedor em detrimento do credor.

Tal entendimento dos Tribunais não impede que, em um caso com grande inadimplência, por hipótese restando apenas uma parcela não paga, seja admitida, excepcionalmente, a aplicação da teoria da *substantial performance*, pois se apenas uma parcela não foi adimplida, seria desproporcional e irrazoável valer-se de uma ferramenta muito agressiva, apesar de eficiente, a busca e apreensão, para cobrar um valor pequeno. Nessa situação, repita-se, excepcional, caberia cogitar medidas menos gravosas, com apoio na teoria em análise, tais como uma ação de cobrança judicial. Nessa esteira, foi como entendeu o TJDFT, no Acórdão nº 1052792, de relatoria da Desembargadora Silva Lemos, da 5ª Turma Cível (data de julgamento: 20/9/2017), em um caso com grande pagamento da obrigação:

Aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos garantidos por alienação fiduciária

ria – pagamento de 90% ou mais das parcelas pactuadas

1. Para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser infimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

2. Só é crível falar em boa-fé, coerência e razoabilidade entre os contratantes, para o fim de ser aplicada a teoria do adimplemento substancial, em sede de contratos de alienação fiduciária de veículo, no caso de haver o adimplemento de 90% (noventa por cento) ou mais das parcelas pactuadas.

Não obstante essa decisão judicial definir um percentual de adimplência aceitável, apesar de salutar, ressalta-se que não há um limite específico de adimplemento, um percentual fixo, eis que depende das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto. Outrossim, a jurisprudência do STJ, além da hipótese de dívida em operação de crédito com alienação fiduciária, nem sempre admite de modo pacífico a aplicação da teoria da *substantial performance*. Em pensão alimentícia, por exemplo, em um caso que o devedor adimpliu noventa e cinco por cento da sua obrigação, foi afastada a teoria do adimplemento substancial da dívida e denegada a ordem de *habeas corpus* ao argumento de que “a subtração de pequeno percentual pode mesmo ser insignificante para um, mas possivelmente não para outro mais necessitado”. (HC 439.973, 4ª Turma do STJ, Relator para o Acórdão Antonio Carlos Ferreira, julgamento em: 16/08/2018.)

É oportuno, também, citar outro princípio que se relaciona ao ora em estudo: *Duty to mitigate the loss*. Tal princípio diz que é um dever do credor mitigar suas perdas. Assim, por exemplo, se o devedor já adimpliu boa parte do seu débito, e os encargos incidentes no saldo devedor (multas, juros, etc.) estiverem inviabilizando o seu adimplemento, cabe ao credor reduzi-lo no intuito de minorar suas eventuais e possíveis perdas. Nesse sentido, o enunciado 169 da jornada de Direito Civil dispõe: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Há de se ressaltar, por derradeiro, que a aplicação desse instituto vai ao encontro do princípio da preservação das relações contratuais, pois o mero inadimplemento mínimo não deve ge-

rar a ruptura do vínculo negocial. Nesse sentido e de forma bastante pertinente, a jurista Bueno (2007, p. 3), tratando sobre a teoria em comento, realça a sua “importância para o direito contratual, já que possibilita a preservação da relação negocial mesmo quando a legislação, tecnicamente, permitiria a sua resolução”.

Conclusão

Da exposição realizada, conclui-se que as relações jurídicas obrigacionais e contratuais nascem da vontade livre de agentes capazes, em busca de um objeto lícito, contraindo direitos e obrigações. O transcurso normal da obrigação leva sua extinção pelo adimplemento. Essa é a regra esculpida no postulado do *pacta sunt servanda* e deve ser observada nas relações obrigacionais e contratuais entre as partes.

Entretanto, por eventos estranhos à relação, nem sempre é possível seu adimplemento integral, mas por vezes, também, grande parte da avença foi cumprida. Daí emerge a teoria da *substantial performance* no intuito de evitar o rompimento abrupto da relação, buscando conservar o contrato e suas derivações, e com a finalidade também de resguardar o devedor que cumpriu boa parte da obrigação.

A sua utilização, a despeito de não existir uma disposição legal expressa, é realizada no seio jurisdicional, com apoio na doutrina e nos princípios gerais do Direito, em especial a função social do contrato e a boa-fé objetiva. A teoria do adimplemento substancial assemelha-se a uma cláusula geral, dando ampla possibilidade interpretativa para o juiz realizar o direito ao caso concreto definindo sua amplitude. Contudo, cabem ao magistrado comedimento e razoabilidade ao empregar tal instituto, pois, como visto, trata-se de exceção à regra, e o uso arbitrário pode ocasionar insegurança jurídica, outra patologia jurídica pior do que o próprio inadimplemento.

Em que pese, como dito, a sua não normatização expressa no ordenamento jurídico pátrio, é observável que a presente teoria com ele é plenamente compatível e amplamente, conforme exposto, utilizada na jurisprudência nacional, ressalvados alguns casos, tais como operações bancárias com alienação fiduciária e dívida de pensão alimentícia.

Nesse sentido, tratando sobre a teoria do inadimplemento mínimo, a jurista Bueno (2007, p. 9) pondera:

Portanto, pode-se afirmar que a substancial performance é a prova da relativização do direito do credor

estipulado no art. 475 do Código Civil. Embora não esteja presente no Ordenamento Jurídico brasileiro como uma lei expressa, a jurisprudência se encarregou de consolidar esta teoria, podendo ela servir como um instrumento de defesa para a parte devedora sempre que esta tenha cumprido grande parte de suas obrigações e não queira ver sua pretensão frustrada sem uma real necessidade.

O que emerge de tudo que fora exposto é a necessidade de equilíbrio entre o desejo do credor em ter satisfeito o seu direito e o dever do devedor em honrar suas obrigações dentro da razoabilidade e sem coações desnecessárias, quando o mesmo já adimpliu, de forma densa, boa parte da sua dívida.

Referências

- ALMEIDA, Juliana Salles. **Breves considerações sobre o direito contratual americano e a formação dos contratos à luz do Common Law**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 405, 16 ago. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5574>>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. **Apontamentos sobre a teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252440,91041-Apontamentos+sobre+a+teoria+do+adimplemento+substancial>>. Acesso em: 09 out. 2018.
- CATALAN, Marcos Jorge. **O poder jurígeno dos sujeitos de direito**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11197/9957>>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Volume 2: obrigações. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). **Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Ed. LumenJures, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 6ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 1: parte geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Aliciene Bueno Antochaves de. **A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa fé objetiva**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6796>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. **O inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, nº 2206, 16 jul. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13162>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SHAKESPEARE. Willian. **O mercador de Veneza**. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

TARTUCE, Flávio. **A teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. São Paulo: jusbrasil.com.br, 2015. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 09 out. 2018.