

ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E TUTELA DO INTERESSE DO CREDOR: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO RESP 1.581.505

Substantial performance and protection of creditors' interests: an analysis of the decision in appeal *Recurso Especial* 1.581.505

Aline de Miranda Valverde Terra

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da UERJ e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Professora da pós-graduação *lato sensu* da UERJ e da PUC-Rio. Consultora e parecerista.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professora da pós-graduação *lato sensu* da UERJ, da PUC-Rio e da EMERJ. Coordenadora dos cursos de pós-graduação do IBDCivil.

Resumo: O objetivo deste artigo é comentar a decisão proferida no âmbito do Recurso Especial 1.581.505/SC, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastou a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial para permitir que o promitente-vendedor de uma promessa de compra e venda de um imóvel pudesse, diante do inadimplemento do devedor, exercer o seu direito potestativo de resolver o acordo. Ao comentar a decisão, o texto situa a Teoria do Adimplemento Substancial na contemporânea Teoria do Inadimplemento e ainda analisa seus pressupostos de aplicação e fundamentos.

Palavras-chave: Recurso Especial 1.581.505/SC. Inadimplemento. Teoria do Adimplemento Substancial.

Abstract: This article is a commentary on the decision issued by the Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça*, Brazil's highest court in non-constitutional matters) in Appeal *Recurso Especial* 1.581.505/SC. The court rejected the Doctrine of Substantial Performance and held that the seller under a promise of sale was entitled to exercise its discretionary right (“direito potestativo”) to terminate the agreement in view of the purchaser's failure to comply with the agreement. The article situates the Doctrine of Substantial Performance within contemporary theory of breach of contract and examines the foundations of the doctrine and the requirements for its application.

Keywords: Appeal *Recurso Especial* 1.581.505/SC. Breach of contract. Doctrine of Substantial Performance

Sumário: **1** Apresentação do caso – **2** A contemporânea teoria do inadimplemento e o adimplemento substancial – **3** Análise dos pressupostos de aplicação e dos fundamentos da Teoria do Adimplemento Substancial elencados pelo acórdão – **4** Conclusão

1 Apresentação do caso

O caso ora em comento¹ gira em torno da promessa de compra e venda firmada, de um lado, pela sociedade Adibens Administradora de Bens Ltda (“Adibens” ou “Promitente Vendedora”) e, do outro, por Marina Cristhiane de Freitas Faoro (“Promitente Compradora”), por meio da qual esta se obrigara a adquirir imóvel cujo preço seria dividido em parcelas. O litígio ocorreu porque a Promitente Compradora, em certo momento, parou de pagar as parcelas devidas, deixando parte do preço avençado em aberto.

A sociedade Adibens, então, intentou ação judicial contra a Promitente Compradora com o fito de pleitear a “rescisão” do contrato (*rectius*, resolução), a sua reintegração na posse do imóvel objeto da avença, a condenação da Promitente Compradora ao pagamento da importância prevista em cláusula penal, além de indenização pela ocupação do bem, tudo sob o argumento de que a Promitente Compradora havia deixado de pagar a importância total de R\$76.738,63, quedando-se inerte também ao ser notificada para purgar a mora.

Em resposta, a Promitente Compradora não negou ter deixado de pagar o referido valor, mas apenas se defendeu alegando que a parcela descumprida revelava-se ínfima se comparada com o montante total, o que afastava a possibilidade de a Adibens resolver o contrato. Além disso, sustentou a incidência do Código de Defesa do Consumidor, contrapondo-se a todos os pedidos condenatórios e pleiteando a restituição dos valores pagos.

Em primeiro grau, os pedidos foram julgados improcedentes porque o magistrado entendeu que a Promitente Compradora havia arcado com 84,36% das prestações, o que, a seu ver, seria suficiente para afastar a resolução contratual e o pedido indenizatório. A decisão de 1ª instância ressalvou apenas que a Adibens deveria exigir o pagamento das prestações inadimplidas pela via própria, com o ajuizamento de uma ação de cobrança.

¹ STJ, 4ª T., REsp 1.581.505/SC, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, julg. 18.8.2016.

Inconformada com a decisão, a sociedade Adibens apelou, explicando, em síntese, que a inadimplência superava 50% do valor do contrato, de modo que não se poderia aplicar a Teoria do Adimplemento Substancial. O cumprimento não teria sido, em uma palavra, *substancial*.

No julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina entendeu que a dívida ultrapassava 30% do valor total do contrato, afastando, por isso, a aplicação da teoria. Foi deferido também o pedido da Adibens de condenação da Promitente Compradora ao pagamento de perdas e danos pela ocupação do imóvel. Apesar disso, a decisão de 2ª instância deu apenas provimento parcial ao recurso, porque negou a condenação para ressarcir a comissão de corretagem e outros valores adicionais pleiteados pela Adibens. A pretensão deduzida pela Promitente Compradora para pleitear a devolução das quantias já pagas foi rejeitada, pois o tribunal entendeu que deveria ter sido formulada via reconvenção, e não apenas em sede de defesa, como feito.

Nas razões do Recurso Especial, a Promitente Compradora contrastou as conclusões do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina com outras decisões de 2ª instância em que, a despeito de haver um incontroverso descumprimento parcial, foi mantida a relação contratual pelo fato de o devedor haver cumprido mais de 60% da sua obrigação. Segundo a Promitente Compradora, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina teria partido da premissa equivocada de que a Teoria do Adimplemento Substancial só poderia ser aplicada diante de um adimplemento mínimo de 70% do valor total da prestação, conclusão essa refutada pelos acórdãos colacionados no Recurso Especial.

O Recurso Especial foi distribuído para a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, negou-lhe provimento. A decisão ficou assim emendada:

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

1. O uso do instituto da substancial 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 descurar 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.²

Após traçar o panorama histórico da teoria, tal como surgiu no Direito inglês e foi, paulatinamente, transposta para o sistema da *Civil Law* e, mais recentemente, para o Direito brasileiro, o Ministro Antônio Carlos Ferreira, Relator do acórdão, passou a examinar alguns casos em que o Superior Tribunal de Justiça já havia aplicado a teoria. Referiu-se, em seu voto, aos seguintes precedentes: (i) REsp 76.362/MT: atraso da última parcela; (ii) REsp 912.697/GO: inadimplemento de duas parcelas; (iii) REsp 469.577/SC: inadimplemento de 20% do valor total do bem; (iv) AgRg. no AgREsp 155.885/MS: inadimplemento de 10% do valor total do bem; (v) REsp 1.051.270/RS: inadimplemento de 14% do total devido.

Ao analisar tais precedentes, o Ministro Antônio Carlos Ferreira assevera, com razão, que “(...) o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo”,³ chamando a atenção para a importância de “(...) um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor”.⁴ De fato, o critério quantitativo não deixa de ser relevante, mas, por si só, não basta, pois não traduz todas as possibilidades de aplicação da teoria, como se verá adiante.

A partir daí o Relator passa a examinar o que seria, a seu ver, o conjunto de requisitos ou pressupostos necessários à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial e, ao final, conclui que tais requisitos não estavam presentes no caso concreto. De acordo com o Relator, para a Teoria do Adimplemento Substancial

² A referência completa do REsp 1.581.505/SC está na nota de rodapé nº 1.

³ O trecho entre aspas foi extraído do voto do Relator.

⁴ O trecho entre aspas foi extraído do voto do Relator.

ser aplicada, far-se-ia necessária a presença de três requisitos: i) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; 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.

No voto vogal, o Ministro Raul Araújo, embora tenha concordado com a conclusão do Relator no sentido de negar provimento ao Recurso Especial, observou que a Turma deveria deliberar precisamente acerca de quais seriam, afinal, os requisitos da teoria, já que os julgados do Superior Tribunal de Justiça acabam por orientar os tribunais de 2ª instância. Ao que parece, o Ministro Raul Araújo não se sentiu confortável em inserir os requisitos na ementa da decisão, sem que a Turma tivesse efetivamente deliberado a respeito. De todo modo, ao final, os referidos requisitos constaram da ementa, como se inferiu anteriormente. Este é, em síntese, o caso que se passará a comentar.

2 A contemporânea teoria do inadimplemento e o adimplemento substancial

A percepção da relação obrigacional como relação complexa (a abranger, além dos deveres de prestação, diversas outras situações jurídicas subjetivas, dentre as quais os deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva),⁵ funcionalizada (concebida não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento de cooperação social dirigido à satisfação do interesse legítimo das partes)⁶ e que se desenvolve necessariamente como um processo (formada por uma série de atos

⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. 1, trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37. Veja-se, ainda, a lição de Antônio Menezes Cordeiro, a ressaltar que a complexidade da relação obrigacional não torna a obrigação complexa, em contraposição à obrigação simples: “A complexidade de conteúdo das obrigações não prejudica a unidade do vínculo, centrado no objectivo de conferir ao credor a vantagem que o crédito delimita. Um único vínculo obrigacional, comodamente definido pelos sujeitos e pela especificidade da conduta devida é uma obrigação simples. Pode contudo suceder que, mercê de vicissitude ocorrida a nível de fontes – normalmente contratos, mas com possibilidade de intervenção de qualquer outro facto constitutivo de obrigações – surjam vários vínculos obrigacionais interligados numa unidade funcional: a obrigação é complexa. A distinção é melindrosa uma vez que toda a obrigação tem um conteúdo complexo” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Violação Positiva do Contrato. Estudos de Direito Civil*, vol. I. Coimbra: Almedina, 1994, p. 123).

⁶ KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*, vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 267. Sobre a distinção entre funcionalização e função social do contrato, confira-se KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 43, 2010, p. 34.

que se ligam com interdependência, orientados a certo fim),⁷ provocou profunda transformação na concepção de adimplemento e, conseqüentemente, na teoria do inadimplemento.

Abandona-se, em definitivo, a concepção estrutural do adimplemento, segundo a qual bastava a simples execução da prestação principal para que se considerasse o devedor adimplente, em favor de perspectiva funcional, a exigir, para a configuração do adimplemento, o cumprimento da prestação devida em concreto, que pressupõe, além da execução do comportamento dirigido à execução da prestação principal,⁸ a observância de todos os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional que se façam instrumentalmente necessários ao efetivo atendimento do escopo econômico da relação, satisfazendo, assim, o interesse objetivo do credor.⁹ E como adimplemento e inadimplemento se conectam lógica e funcionalmente, é inevitável que todas as mudanças referidas repercutam sobre a teoria do inadimplemento. Nessa direção, reputar-se-á inadimplente o devedor que não cumpra o dever principal de prestação ou quaisquer dos deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, o inadimplemento corresponde à inexecução da *prestação satisfativa*, e não ao mero descumprimento da prestação principal.¹⁰

Sob tal perspectiva, valoriza-se o aspecto objetivo do inadimplemento, que se individua na não satisfação do interesse do credor,¹¹ e se altera de maneira significativa a compreensão das espécies de inadimplemento, classificado dicotomicamente em inadimplemento absoluto e mora.¹² Configura-se o primeiro quando

⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 38; COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.

⁸ Referido comportamento deve dar conta, além dos deveres primários de prestação, também dos deveres secundários de prestação, que, segundo Antunes Varela, destinam-se “a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, vol. 1. Coimbra: Almedina, 2005, p. 122). A rigor, tais deveres são mesmo uma especificação do dever de prestação principal e se identificam a partir da boa-fé objetiva, que, enquanto integrativa da obrigação expressamente estabelecida pelas partes no contrato, impõe ao devedor fazer não apenas aquilo a que se comprometera contratualmente, mas também todo o necessário a proporcionar à contraparte o resultado útil da prestação devida.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. 5, t. 2. São Paulo: Forense, 2004, p. 67. Na mesma direção, confira-se Salvatore Orlando Cascio: “(...) l'adempimento consiste nella attuazione del contenuto dell'obbligo. Si può estendere il concetto dell'adempimento solo estendendo quello del contenuto dell'obbligo: il debitore adempie, quando fa ciò che deve fare, ciò che è obbligato a fare” (CASCIÒ, Salvatore Orlando. *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*. Milano: Giuffrè, 1938, p. 63).

¹⁰ Deve-se entender como prestação satisfativa “a prestação capaz de satisfazer os interesses do credor, identificada no comportamento do devedor dirigido à execução do dever principal de prestação, bem como dos vários deveres de conduta que lhe são impostos” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Renovar. Rio de Janeiro: 2009, p. 64).

¹¹ GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*: corso di diritto civile. Milano: Giuffrè, 1975, p. 29 et seq.

¹² Apesar do amplo conceito de mora adotado pelo legislador brasileiro, a classificação dicotômica do inadimplemento é alvo de críticas, ao argumento de não abarcar todas as possíveis situações de não cumprimento

a prestação devida, após o nascimento da obrigação, não puder mais ser realizada ou, podendo sê-lo, não mais interessar ao credor. A prestação é, portanto, *irrecuperável*.¹³ Por outro lado, haverá apenas mora se a prestação devida, apesar de não cumprida no tempo, lugar ou modo ajustado, ainda for de possível execução para o devedor e útil para o credor, nos termos do art. 394 do Código Civil.¹⁴

O legislador conferiu à mora conceito amplo, a abarcar não apenas a violação do prazo, mas também do lugar e da forma contratualmente fixados. Sendo assim, além da demora, a mora também resta configurada quando o devedor não observa o lugar em que deve prestar, ou presta de forma diversa da pactuada.¹⁵ Como anota Agostinho Alvim, “é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um *retardo*, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma – art. 955)”.¹⁶

A impossibilidade ou inutilidade se refere, sempre, à prestação devida, e não apenas à prestação principal. Por conseguinte, se o descumprimento de dever de conduta ou de dever principal impossibilitar ou tornar inútil a prestação para o credor, de acordo com a concreta economia contratual, configurado estará o inadimplemento absoluto. Por outro lado, se desse descumprimento resultar

satisfatório. Por essa razão, parte da doutrina propugna a adoção de figuras alienígenas, precisamente com o objetivo de disciplinar as supostas lacunas existentes, a exemplo da teoria da *violação positiva do contrato*, elaborada por Hermann Staub, advogado berlinense, em 1902 (a teoria é desenvolvida em STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*, trad. Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001). Para análise crítica da teoria da violação positiva do contrato, remete-se o leitor para 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 (Orgs.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 2, p. 183-200.

¹³ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

¹⁴ Assume, portanto, especial relevância para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto a noção de utilidade/inutilidade da prestação para o credor. Sob certo aspecto, a inutilidade da prestação deve ser avaliada subjetivamente, isto é, em relação ao credor da relação obrigacional concreta, e não para um credor abstratamente considerado. Todavia, devem ser afastadas avaliações discricionárias, de modo a impedir que o credor seja movido por mero capricho. A inutilidade é apreciada à luz do concreto interesse perseguido pelo credor na relação obrigacional. A essa avaliação subjetiva devem se somar dados objetivamente extraídos da concreta relação jurídica, consoante pondera Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Os dados a considerar, portanto, são de duas ordens: os elementos *objetivos*, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento *subjetivo*, que reside na necessidade existente no credor em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 133).

¹⁵ A rigor, sob certo sentido, a mora sempre será um atraso culposo. Mesmo na hipótese em que o devedor cumpre no tempo certo, mas no lugar ou forma diversa do pactuado, haverá, sim, atraso da *prestação devida*, vale dizer, da *prestação satisfativa*, uma vez que *esta* não restou adimplida. O cumprimento imperfeito não é o cumprimento devido, pelo que se pode entender haver, neste caso, *atraso no cumprimento da prestação devida*, entendida como *aquela que abarca os deveres de prestação bem como os de conduta*.

¹⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965, p. 29, grifos no original.

somente cumprimento imperfeito da prestação devida, sem, contudo, retirar-lhe a utilidade que dela espera objetivamente o credor, sem comprometer o fim do negócio, estar-se-á diante de mora.¹⁷

É, precisamente, nessa ambiência que se impõe a análise da Teoria do Adimplemento Substancial, relativa às hipóteses em que 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.¹⁸ Significa dizer que, posto não se execute a prestação efetivamente devida, a relação obrigacional ainda é capaz de promover a realização do escopo econômico perseguido pelo credor.

A análise, como destaca com acuidade o Ministro Relator, há de ser feita sempre à luz das particularidades do caso concreto, verificando-se se, no âmbito da específica relação contratual, o vínculo jurídico é capaz de proporcionar ao credor o resultado útil programado, a despeito do descumprimento em que incorre o devedor. No caso examinado no REsp 1.581.505, restou evidente que a discrepância entre o que foi cumprido (69,49% do contrato) e o que era devido conduziu à perda do interesse do credor na prestação. Em situações como essa, de não pagamento de parte das prestações devidas, a mora se converte em inadimplemento absoluto quando sua perpetuação rompe o sinalagma, tornando a prestação economicamente distinta.¹⁹

Além disso, o exame há de ser, sobretudo, qualitativo, a fim de verificar “se o cumprimento não-integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto”,²⁰ e não apenas quantitativo,

¹⁷ Explica Clóvis do Couto e Silva que o fim do negócio não corresponde ao motivo, a algo psicológico; cuida-se “de um *plus* que integra o fim de atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse *plus* torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, cit., p. 41).

¹⁸ “No caso do direito das obrigações, o interesse é a relação entre o contratante e a prestação. Teremos, portanto, uma prestação útil ao credor sempre que ela seja capaz de suprir a sua necessidade e dar-lhe o proveito que visa a obter com o contrato. Dessa forma, a prestação será útil quando for apta a atingir o fim almejado” (COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 225).

¹⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 303.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 32, p. 20-21, 2007. O aspecto qualitativo não se refere, em definitivo, à qualidade da conduta do devedor, ao contrário do que propõe Joel Felipe Lazzarin: “No caso do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, a verificação de tais elementos pressupõe, portanto, a substancialidade do cumprimento da obrigação, não apenas pelo critério *quantitativo* (pagamento de pelo menos 70% do preço), mas pelo critério *quantitativo*, o qual haverá de ser aferido pela conduta adotada pelo devedor do preço, durante o lapso temporal em que perdurar a relação contratual. 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,

baseado na porcentagem da prestação cumprida pelo devedor. Em exemplo didático, pense-se na venda de uma bicicleta que é entregue sem o pedal. Evidentemente, em termos percentuais, o pedal não deve representar sequer 5% das peças da bicicleta. No entanto, em termos qualitativos, o pedal revela-se fundamental para que a bicicleta desempenhe a função a que se destina, razão pela qual a sua não entrega configura inadimplemento absoluto, não já inadimplemento substancial.

Em verdade, partindo-se da classificação dicotômica do inadimplemento, cuida-se o inadimplemento substancial de mora, uma vez que a prestação ainda é possível e útil para o credor.²¹ Trata-se, pois, de espécie de mora, em que a prestação executada pelo devedor não impede a promoção do interesse do credor. A partir daí, duas conclusões se afiguram inevitáveis.

Em primeiro lugar, em caso de inadimplemento substancial, afasta-se a aplicação dos remédios voltados à tutela do credor em caso de inadimplemento absoluto, a exemplo da resolução da relação obrigacional.²² Dito de outro modo, a impossibilidade de resolução em caso de inadimplemento substancial decorre do fato de se tratar, o inadimplemento substancial, de espécie de mora, no âmbito da qual não se faculta ao credor o exercício daquele direito potestativo, cujo suporte fático é o inadimplemento absoluto.²³

Ademais, executando o devedor comportamento em desacordo com a prestação devida incapaz de afastar, no contexto da concreta dinâmica contratual, o

pagar integralmente o preço ajustado, e que tal somente não lhe foi possível em razão de circunstâncias adversas indesejadas? Sendo esse o caso, dúvida não há quanto à legitimidade de o promissário comprador que pagou 70% ou mais das parcelas ajustadas invocar a teoria em seu benefício, como forma de evitar o desfazimento do negócio” (LAZZARINI, Joel Felipe. Aplicação da teoria do inadimplemento substancial segundo a baliza da boa-fé objetiva. *Revista Jurídica*, n. 400, p. 59-60, 2001).

²¹ Judith Martins-Costa parece reconhecer que o inadimplemento substancial configura mora. De acordo com a autora, a teoria “bem mostra que, por vezes, a virtude está no meio: nem o contrato é resolvido nem o credor é prejudicado, pois o devedor deve pagar perdas e danos pelos prejuízos causados pela mora” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*: do inadimplemento das obrigações, cit., p. 230).

²² Embora não reconheça expressamente o inadimplemento substancial como espécie de mora, Araken de Assis afirma que apenas diante de inadimplemento absoluto se admite a resolução da relação obrigacional, razão pela qual afasta-se o exercício desse direito potestativo em caso de inadimplemento substancial: “o inadimplemento deverá se revestir de características muito relevantes para autorizar a resolução. A exigência se manifesta nas várias modalidades de incumprimento. Sua reiteração constante, nessas áreas, indica talvez o interesse na preservação do vínculo, em detrimento do seu desfazimento, e aponta o *inadimplemento absoluto*, porque elimina em definitivo a possibilidade de o obrigado prestar, como a única modalidade admissível em sede resolutória” (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 117, grifos no original). Na mesma esteira, consulte-se CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de rescisão contratual. Doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento. Faculdade discricionária do juiz. *Revista Forense*. v. 329, p. 177, jan./mar. 1995.

²³ Para análise da resolução da relação obrigacional, com enfoque na cláusula resolutiva expressa, confira-se TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*. 2015. 248 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

interesse do credor na relação obrigacional, excluída está a possibilidade de a mora se converter em inadimplemento absoluto, como, de regra, pode acontecer no comum dos casos. Para ilustrar a questão, tome-se o exemplo mencionado pelo Relator:

Uma empreiteira foi contratada para construir uma mansão, “tendo o contratante fornecido o projeto e as especificações da obra”. No prazo de sua entrega, a empreiteira “apresentou a casa ao proprietário, ficando evidente a observância de todas as indicações arquitetônicas e o uso dos materiais acordados, exceto por faltarem maçanetas em duas portas”.²⁴

Embora, a toda evidência, a empreiteira esteja em mora, ainda que a entrega das duas maçanetas contratadas se torne impossível, não restará configurado o inadimplemento absoluto, pois a parte já executada da prestação é suficiente a promover o interesse do credor. Em face de tal situação, a questão crucial que se coloca é esta: qual a tutela que poderá ser pleiteada pelo credor? E é aí que se encontra, indiscutivelmente, o grande mérito da Teoria do Adimplemento Substancial, qual seja, ressaltar a necessidade de controlar a legitimidade de *todos* os instrumentos de tutela pleiteados pelo credor, a partir de um juízo de proporcionalidade.

A teoria tornou possível, em suma, avaliar se o sacrifício imposto ao devedor pelo remédio requerido pelo credor é proporcional ao sacrifício causado pelo descumprimento da prestação ao seu interesse. Nessa direção, a Teoria do Adimplemento Substancial permite, por exemplo, afastar a prorrogação da responsabilidade do devedor pelo fortuito, nos termos do artigo 399 do Código Civil, quando a repercussão da mora sobre o resultado útil perseguido pelo credor for de pouca monta, sob pena de lhe ser imposto sacrifício desproporcional.

De fato, no exemplo já referido, não se afigura razoável imputar à empreiteira os danos que advierem ao imóvel por caso fortuito ou força maior em razão da entrega da casa sem duas maçanetas, ainda que a isso esteja contratualmente obrigado. Nessa hipótese, a demora na entrega das duas maçanetas – ou mesmo a sua não entrega – encerra descumprimento qualitativamente pouco relevante no contexto da prestação devida, porquanto atendido o escopo perseguido pelas partes com a celebração do contrato, razão pela qual não parece legítimo transferir à empreiteira o risco por eventuais danos ao imóvel decorrentes de evento necessário e irresistível.

²⁴ O trecho foi extraído do voto do Relator.

Isso não significa, como bem destacado pelo Ministro Relator, que a Teoria do Adimplemento Substancial se preste a “inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações”.²⁵ A empreiteira não se exime de entregar, apesar do atraso, as maçanetas, ou de pagar o valor equivalente caso já não as possa entregar, sem prejuízo do pagamento de indenização por perdas e danos porventura cabível.

Em definitivo, a Teoria do Adimplemento Substancial protege o devedor, ao impedir que o credor lhe imponha remédios que lhe causarão sacrifícios desproporcionais à lesão que o descumprimento causou ao seu interesse na prestação. No entanto, não encerra salvo-conduto para que o devedor se exima das obrigações contratualmente assumidas, afinal, *pacta sunt servanda*. O credor sempre poderá exigir o cumprimento da prestação devida; os demais efeitos da mora, no entanto, só serão aplicáveis se proporcionais àquele desacordo.

3 Análise dos pressupostos de aplicação e dos fundamentos da Teoria do Adimplemento Substancial elencados pelo acórdão

No julgamento do REsp 1.581.505/SC, o Ministro Antônio Carlos Ferreira examina o conjunto de requisitos ou pressupostos que normalmente são apontados como necessários à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. Segundo constou da ementa da decisão, seriam três tais requisitos: i) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; 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.

No voto vogal, o Ministro Raul Araújo se mostrou desconfortável em inserir tais requisitos na ementa da decisão, sem que a Turma tivesse deliberado especificamente a respeito. Apesar disso, os requisitos constaram da ementa e a decisão foi proferida por unanimidade, pois todos os ministros entenderam que a parcela da dívida descumprida pela Promitente Compradora estava longe de ser irrelevante.

Se alguma crítica construtiva pode ser dirigida ao acórdão é em relação aos referidos requisitos. De fato, os três requisitos apontados na ementa pouco acrescentam ao estudo da teoria, nem se prestam a servir de guia seguro para as

²⁵ O trecho entre aspas foi extraído do voto do Relator.

decisões de 2ª instância. Salvo melhor juízo, a ementa ficaria mais precisa sem a referida menção.

O primeiro requisito apontado na ementa – 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.

Já o segundo requisito indicado – o pagamento faltante há de ser ínfimo se comparado com o total do negócio – parece falho, porque não absorve a crítica feita pelo próprio Relator no sentido de que a mera análise quantitativa, por si só, não se afigura suficiente. Para a aplicação da teoria, muito mais importante do que a análise quantitativa é a análise qualitativa, levando-se em consideração o interesse concreto do credor e as circunstâncias que cercam aquele específico programa contratual. Assim, ao apontar como requisito da teoria apenas o critério quantitativo, a indicação é insuficiente e, a bem da verdade, imprecisa. Nesse sentido, a ementa da decisão simplesmente não traduz o entendimento do Relator a respeito dos pressupostos de aplicação da teoria.

Por fim, o terceiro requisito elencado – deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários – 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.

Outro ponto a se destacar no acórdão refere-se ao fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial. Afirma o Relator:

Até por não se encontrar expressamente prevista em nosso direito positivo, existe polêmica sobre qual seria o correto fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial. Há controvérsia sobre ela basear-se em princípios como a função social do contrato (art. 421 do CC/2002), a boa-fé objetiva (art. 422), a vedação ao abuso de direito (art. 187) e ao enriquecimento sem causa (art. 884), embora haja uma tendência a considerá-la como efeito da aplicação da boa-fé objetiva às relações obrigacionais. Mesmo quando vigente o sistema civil anterior, a jurisprudência nacional valia-se, para sua aplicação,

dos valores que emanavam dos arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.092 do Código Civil de 1916, examinados sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva.²⁶

A função social do contrato, inserida no artigo 421 do Código Civil, passou a exigir dos contratantes o dever de perseguir, além da satisfação de seus interesses particulares, a promoção de interesses extracontratuais socialmente relevantes dignos de tutela e relacionados ao contrato.²⁷ 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 aos 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.²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰

²⁶ O trecho foi extraído do voto do Relator.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: *Temas de direito civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 150.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251, nota de rodapé nº 14. Na mesma direção, RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 305.

²⁹ O equilíbrio das posições contratuais não abarca apenas a aferição do equilíbrio econômico do contrato. Cuida-se de análise mais ampla da relação contratual, identificada no regulamento capaz de conciliar os interesses contrapostos das partes (PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 170). A rigor, didaticamente, é possível decompor o princípio do equilíbrio das posições contratuais em dois aspectos do mesmo fenômeno: o princípio do equilíbrio normativo e o princípio do equilíbrio econômico do contrato (BENEDETTI, Giuseppe. L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 39). Não há prevalência de um aspecto sobre outro; há complementaridade, conquanto nem sempre seja fácil distingui-los entre si. Em verdade, por vezes, o perfil normativo acaba se traduzindo em valoração econômica, como destaca Pietro Perlingieri: “a previsão de uma compensação voluntária, regra normativa que incide sobre a forma de pagamento e de satisfação de créditos e débitos recíprocos, releva também sob o perfil econômico” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 412, nota nº 410).

³⁰ Em sentido contrário, fundamentando, portanto, a Teoria do Adimplemento Substancial na função social do contrato: ALVES, Jones Figueiredo. Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução. *Revista do Advogado*, n. 98, p. 125, 2008.

Tampouco se pode fundamentar a teoria no enriquecimento sem causa, fonte autônoma de obrigações expressamente prevista pelo Código Civil de 2002. Em primeiro lugar, porque enquanto a função precípua do enriquecimento sem causa é remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido, a função da Teoria do Adimplemento Substancial é avaliar a legitimidade dos instrumentos de tutela pleiteados pelo credor diante do descumprimento incapaz de comprometer o interesse do credor na prestação, a fim de evitar a imputação, ao devedor, de consequências desproporcionais à intensidade da lesão à prestação devida.

Ademais, um dos requisitos expressamente previstos no art. 886 para a aplicação do instituto é a subsidiariedade: faz-se necessário que não haja, no ordenamento jurídico, qualquer outra pretensão à disposição do titular do direito que lhe permita obter resultado igual ou mais favorável do que aquele que alcançará por meio da pretensão de enriquecimento sem causa.³¹ Ora, a *actio in rem verso* não é, em definitivo, o instrumento à disposição do devedor para tutelar seu direito.³²

Apointa-se, ainda, o abuso do direito como fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial.³³ A rigor, costuma-se afirmar que, configurado o adimplemento substancial, a resolução da relação obrigacional se revela abusiva.³⁴ O

³¹ Marcelo Trindade atenta que “com a regra da subsidiariedade visa-se à preservação da disciplina específica de um grande número de situações para as quais a lei adotará soluções múltiplas, estabelecendo requisitos para o cabimento da ação, exceções a seu cabimento ou limitações quantitativas da restituição, com isto impedindo ou limitando a reversão do enriquecimento”. Alerta ainda que as disciplinas específicas de cada situação tornar-se-iam “letra morta se fosse admitida a utilização da *actio in rem verso* nas hipóteses em que incidissem tais requisitos, exceções a seu cabimento ou limitações, impedindo ou restringindo a reversão do enriquecimento”. (TRINDADE, Marcelo. Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, p. 235-261, 2004).

³² O fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial por vezes aparece relacionado ao enriquecimento sem causa não enquanto fonte das obrigações – como consta do acórdão em comento –, mas enquanto princípio geral do Direito. De toda forma, porém, não parece também ser este o fundamento da teoria, que, como dito, está muito mais próxima da necessidade de se evitar a imputação, ao devedor, de consequências desproporcionais à intensidade da lesão à prestação devida do que da necessidade de se impedir que o credor se enriqueça às custas do devedor, aproveitando-se do inadimplemento deste para ganhar mais do que realmente faz jus. Presentes os seus pressupostos, a Teoria do Adimplemento Substancial impede o exercício do direito potestativo de resolução por parte do credor, porque se está diante de uma situação de mora, e não de inadimplemento absoluto. Afastada a possibilidade de resolver o contrato, o credor pode, pela via própria, comprovando-se os elementos da responsabilidade civil, pleitear, em juízo, o cumprimento perfeito do contrato ou a execução pelo equivalente, fazendo jus, em ambos os casos, a perdas e danos.

³³ Associando a Teoria do Adimplemento Substancial ao abuso do direito, confira-se: LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 838, p. 11-41, 2005, especialmente p. 36-37.

³⁴ Nesse sentido, veja-se, por todos: 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, p. 70, 1993. Confira-se na jurisprudência: “Em que pese o art. 475 do Código Civil permitir que a parte lesada pelo inadimplemento possa requerer a resolução do contrato, a doutrina contemporânea, acompanhada pela jurisprudência, entende que esse dispositivo deve ser controlado pela teoria do adimplemento substancial, que decorre dos princípios da boa-fé objetiva e

adimplemento substancial, conforme já se observou, resta configurado quando a desconformidade entre a conduta do devedor e a prestação devida é incapaz, no concreto contexto contratual, de comprometer a produção do resultado útil programado. Trata-se, pois, de desconformidade insuficiente a afastar o interesse do credor na prestação. Nessas condições, a resolução, segundo se afirma, violaria a boa-fé objetiva, a configurar abuso do direito.³⁵

A solução se justificaria se se admitisse a resolução tanto em face de inadimplemento absoluto quanto de simples mora, como o faz, por exemplo, Eduardo Luiz Bussata. De acordo com o autor, o art. 475 do Código Civil teria conferido ao credor a faculdade de resolver o vínculo mesmo em caso de mora, hipótese em que lhe é conferida a opção de manter o contrato, exigindo o cumprimento da prestação, ou resolver a relação obrigacional, sem prejuízo, em ambas as situações, das perdas e danos. Para Bussata,

(...) dessa faculdade, como não poderia deixar de ser, decorre a inexistência de prioridade ou hierarquia entre os caminhos abertos ao credor. Somente a sua conveniência, num primeiro momento, é que indicará o caminho a ser seguido. (...). Ante a faculdade acima delimitada, avulta de importância a teoria do adimplemento substancial como limite ao direito formativo de resolver conferido ao credor, à medida que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase-totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante ou, contrariamente, tendo a outra parte obtido a quase-totalidade do proveito que almejava ao contratar.³⁶

função social do contrato. No caso, verifica-se que o devedor quitou 36 das 38 parcelas do contrato, o que corresponde a 94,45% de adimplemento. Assim, o direito da instituição financeira de extinguir o contrato por inadimplemento (cláusula resolutiva) foi exercido com violação ao limite interno e axiológico que lhe impõe a boa-fé objetiva. O abuso do direito de resolver o contrato por inadimplemento deve gerar o exercício de outra faculdade pela credora, que é cobrar o seu crédito por outra via" (TJSP, 31ª C.D.Priv., Apelação Cível 0005614-03.2010.8.26.0562, Relator Desembargador Adilson Araújo, julg. 17.9.2013). Na mesma direção: TJSP, 27ª C.D.Priv., Apelação Cível 0007827-33.2007.8.26.0191, Relator Desembargador Dimas Rubens Fonseca, julg. 27.4.2010). Há, ainda, autores que qualificam como abusivo o exercício do direito de resolver diante de simples mora, como o faz Gabriel Furtado: "A *contrario sensu*, pois, e em uma leitura que englobe a noção de função negocial, entende-se que enquanto a prestação ainda for útil ao credor, por realizável o fim do contrato, o pleito de resolução da relação contratual com base no parágrafo único do art. 395 do Código Civil deve ser tido por abusivo, por exceder os limites impostos pela função negocial" (FURTADO, Gabriel. *Mora e Inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58).

³⁵ "Assim, a teoria do adimplemento substancial toma em consideração o desequilíbrio existente no exercício do direito à resolução em ocorrendo inadimplemento de escassa importância, de forma a considerá-lo abusivo, uma vez que contrário à boa-fé e à finalidade econômico-social do contrato, permitindo-se, então, ao juiz a ruptura ético-jurídica do direito legal, a fim de decidir a lide de acordo com os postulados da justiça e os anseios sociais" (BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87).

³⁶ BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89-91.

Nesse cenário, em que até diante da mora se admite a resolução, o adimplemento substancial exsurge como a tábua de salvação, a permitir o afastamento do direito de resolver quando o inadimplemento (absoluto ou relativo) é insignificante, por configurar abuso do direito. No entanto, como já se apontou, a resolução exige específico suporte fático: o inadimplemento absoluto. Apenas em presença de inadimplemento absoluto, e não de simples mora, faculta-se ao credor resolver a relação obrigacional. 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.³⁷

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. Essa, tampouco, parece a melhor solução.

Configurado o adimplemento substancial, sequer chega a nascer para o credor o direito de resolver a relação. Veja-se bem. Consoante a contemporânea dogmática obrigacional, o conceito de inadimplemento é funcional: abandona-se o conceito estrutural, para o qual bastava o descumprimento da prestação principal, e passa-se a entender o inadimplemento absoluto como o comportamento do devedor que impossibilita a execução da prestação ou a torna inútil para o credor. E o conceito de utilidade não é meramente subjetivo, mas também objetivo, extraído da concreta disciplina contratual por meio de parâmetros vários, dentre os quais se destacam o equilíbrio das posições contratuais e a boa-fé objetiva.³⁸

Ora, se o adimplemento substancial 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. A resolução é *ratio extrema*, facultada ao credor quando o inadimplemento é absoluto, a obstar a realização da função concreta do negócio celebrado. Em presença de adimplemento substancial, a resolução é afastada justamente porque de inadimplemento absoluto não se trata, pois a prestação ainda é útil para o credor.³⁹

³⁷ Não se olvidem, evidentemente, outros efeitos da mora, como a prorrogação da responsabilidade do devedor, constante do art. 399.

³⁸ Sobre o tema, confira-se SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86 *et seq.* Veja-se, ainda, a nota de rodapé nº 14, anteriormente.

³⁹ Embora não afirme categoricamente que o adimplemento substancial corresponde a espécie de mora – como já observado em nota anterior –, Araken de Assis entende que a questão “se amolda ao regime

Em verdade, qualificar a resolução fundada em adimplemento substancial como abuso do direito revelou-se fundamental quando não se havia abandonado por completo a concepção estrutural do inadimplemento, pois se fazia necessário, nesse cenário, recorrer à boa-fé objetiva como parâmetro do exercício da resolução para impedir o desfazimento do vínculo com base em inexecução incapaz de impedir a consecução do resultado útil programado.

Nos dias de hoje, a construção perde importância, uma vez que o conceito funcional de inadimplemento absoluto, largamente adotado, não prescinde da noção de boa-fé objetiva, que passa a ser parâmetro para a própria configuração da inutilidade da prestação. Tornou-se possível, conseqüentemente, *requalificar* o que outrora era um inadimplemento absoluto, para inadimplemento relativo, e obstar o próprio nascimento do direito de resolver por ausência de um de seus pressupostos fundamentais.

O real fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial reside, como apontado pelo Ministro Relator, na boa-fé objetiva,⁴⁰ que, concretizando o princípio constitucional da solidariedade social na esfera contratual, transforma as relações obrigacionais, concebidas inicialmente como o *locus* destinado à perseguição egoísta das satisfações individuais, em espaço de cooperação e solidariedade,⁴¹ impondo aos contratantes que se empenhem em promover os interesses da contraparte, sem que isso importe, outrossim, em sacrifício de sua posição contratual de vantagem ou renúncia às situações de preponderância.

Por conseguinte, diante do descumprimento da prestação devida, não só pode, como deve, o credor se socorrer dos instrumentos de proteção ao seu interesse oferecidos pelo ordenamento, mas, ao fazê-lo, deve também ter em conta os interesses do devedor, deixando, assim, de se valer daqueles que imponham à contraparte sacrifício desproporcional à lesão por ele sofrida.

4 Conclusão

Considerando o conceito contemporâneo de inadimplemento, deve reputar-se inadimplente não apenas o devedor que não cumpriu o dever principal de prestação, mas também aquele que não cumpriu os deveres de conduta impostos pela

comum e usual. O juiz avaliará a existência ou não da *utilidade* na prestação, segundo determina o art. 395, parágrafo único, do CC-02" (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 134).

⁴⁰ Esse também é o entendimento de Judith Martins-Costa, que conjugua a boa-fé objetiva à utilidade contratual (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 679-680).

⁴¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 117.

sistemática obrigacional, notadamente pelo princípio da boa-fé objetiva. Assim, em sentido amplo, inadimplemento nada mais é do que a inexecução da *prestação satisfativa* (e não o mero descumprimento da prestação principal).

É por isso que, como bem observou o Ministro Antônio Carlos Ferreira, “(...) o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo”.⁴² Faz-se necessário atentar para “(...) um exame qualitativo que ademais não pode descuidar dos interesses do credor”.⁴³ O exame há de ser, sobretudo, qualitativo, porque o importante é verificar se o cumprimento não integral ou imperfeito alcançou ou não a função a que se destinava aquele preciso negócio jurídico, considerando-se todas as circunstâncias do caso concreto.

Ao impedir que o credor lhe imponha remédios que lhe causarão sacrifícios desproporcionais à lesão que o descumprimento causou ao seu interesse na prestação, a Teoria do Adimplemento Substancial evidentemente protege o devedor. No entanto, como ressaltou o Ministro Antônio Carlos Ferreira,

o uso do instituto da substancial 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. Definitivamente, não. A sua incidência é excepcional, reservada para os casos nos quais a rescisão contratual traduz, *icto oculi*, solução evidentemente desproporcional.

A teoria não encerra, por isso mesmo, salvo-conduto para que o devedor se exima das obrigações contratualmente assumidas. Por mais que o Direito Contratual tenha avançado e se modificado nos últimos tempos, não se pode esquecer que *pacta sunt servanda*, e tal princípio, atenuado que esteja, vale também para as relações de consumo. O credor sempre poderá exigir o cumprimento da prestação devida; os demais efeitos da mora, no entanto, é que só serão aplicáveis se proporcionais àquele desacordo.

A aplicação da teoria de forma incontida, ou mesmo na ausência do seu suporte fático de incidência, gera consequências desastrosas, já que altera toda a lógica do sistema: avança-se, como dito no acórdão, sobre os direitos do credor de forma desmedida, modificando as próprias condições que ele levou em consideração no momento em que estabelecidas as bases da contratação. Assim,

⁴² O trecho entre aspas foi extraído do voto do Relator.

⁴³ O trecho entre aspas foi extraído do voto do Relator.

como apontado pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira, “[a] longo prazo, seus efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos”. A Teoria do Adimplemento Substancial, definitivamente, não serve a esse propósito.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017.

Recebido em 16.01.2016
1ª parecer em 18.01.2016
2ª parecer em 18.01.2016