

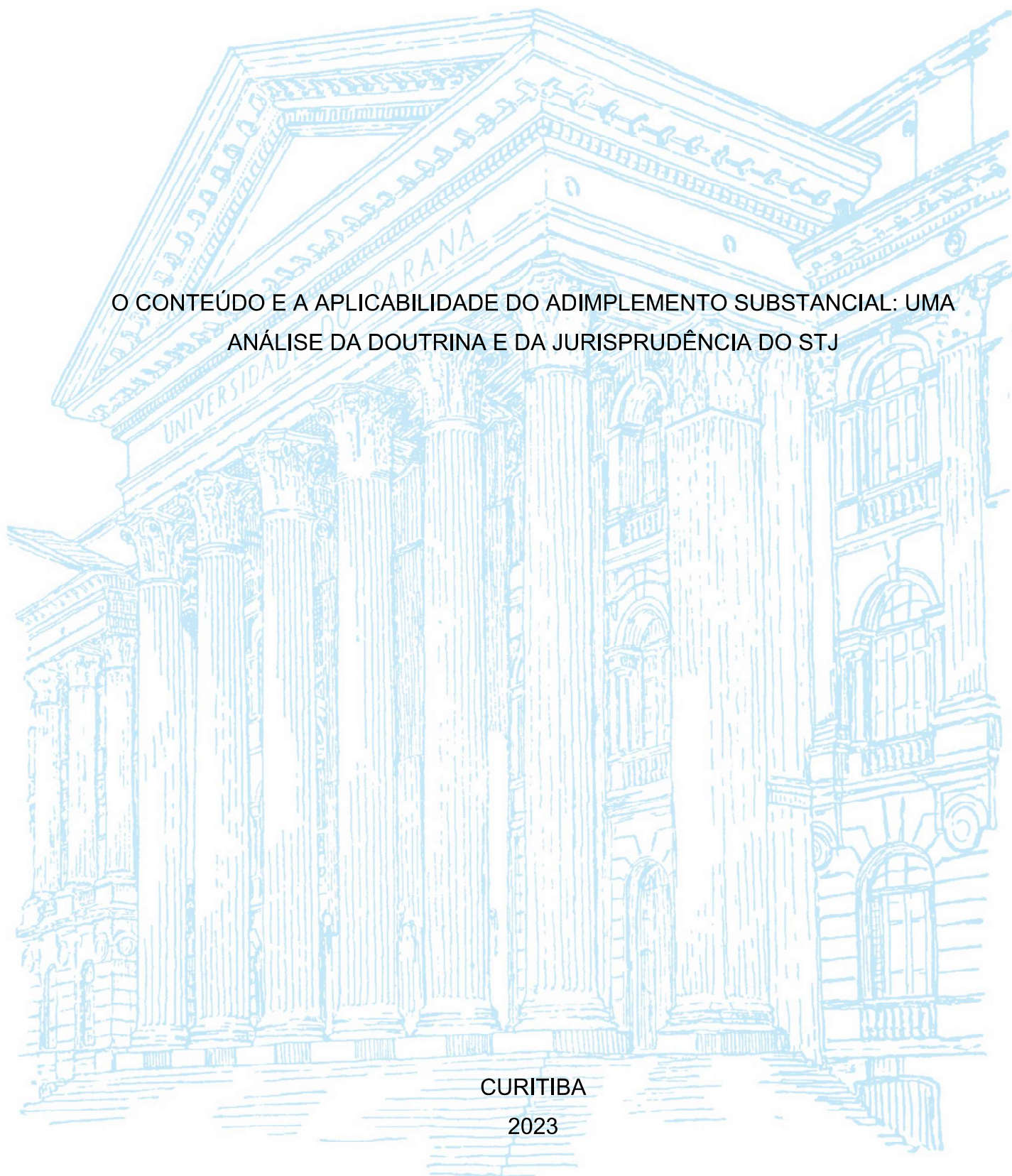
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AUGUSTO ROTONDO

O CONTEÚDO E A APLICABILIDADE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: UMA
ANÁLISE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

CURITIBA

2023



AUGUSTO ROTONDO

O CONTEÚDO E A APLICABILIDADE DO ADIMPLEMENTO SUBTANCIAL: UMA
ANÁLISE DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

O CONTEÚDO E A APLICABILIDADE DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: UMA ANÁLISE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

AUGUSTO ROTONDO

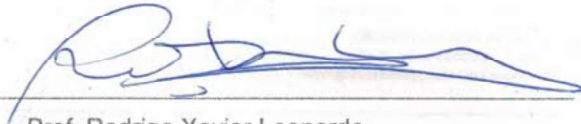
Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

gov.br

Documento assinado digitalmente
ROSALICE FIDALGO PINHEIRO
Data: 13/12/2023 00:05:19-0300
Verifique em <https://validar.itl.gov.br>

Profa. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Orientador

Coorientador



Prof. Rodrigo Xavier Leonardo

1º Membro

gov.br

Documento assinado digitalmente
EROLTHS CORTIANO JUNIOR
Data: 14/12/2023 15:14:08-0300
Verifique em <https://validar.itl.gov.br>

Prof. Eroulths Cortiano Junior
2º Membro

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho aos meus queridos familiares, aos amigos que caminharam comigo durante esta jornada acadêmica, ao acaso e ao dedicado corpo docente e técnico da UFPR, cujo apoio e orientação foram fundamentais para a minha formação.

Por fim, claro, um agradecimento especial à minha orientadora, Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, por todos os ensinamentos e direcionamentos. Obrigado por fazer deste desafio uma jornada repleta de conhecimento!

Faltava-lhe uma parte.
E ele não era feliz.¹

¹ SILVERSTEIN, Shel, **A Parte que Falta**, 1. ed. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 2018, p. 6.

RESUMO

O presente estudo busca examinar os parâmetros adotados atualmente pela doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na aplicação do adimplemento substancial, assim como analisar como a teoria vem sendo aplicada pelo tribunal historicamente. Por meio dessa figura, criou-se uma limitação ao direito do credor de resolver o contrato, exatamente no caso do inadimplemento do devedor ser de pouca monta e de pouca importância. O inadimplemento que possibilita a resolução da relação contratual é o inadimplemento definitivo, isto é, aquele que mutilou a utilidade da prestação para o credor. Originalmente concebida no contexto do direito inglês, o instituto foi trazido ao Brasil por meio da doutrina, não tendo sido positivada expressamente no Código Civil de 2002 ou por outra lei esparsa. A jurisprudência acolheu a figura, com base nas teorizações que construíram o adimplemento substancial fundado na cláusula geral da boa-fé objetiva, inicialmente com o enfoque na análise de critérios quantitativos do inadimplemento para a aplicação da teoria. Assiste-se a uma ampliação da perspectiva da teoria pelo STJ, que passa a destacar a necessidade da análise funcional ou qualitativa do inadimplemento. Ao mesmo tempo, percebe-se o reconhecimento pelo STJ da inaplicabilidade dessa figura em determinadas situações jurídicas. A história da aplicação do adimplemento substancial pelo STJ revela a riqueza operacional que envolve as cláusulas-gerais, e especialmente a da boa-fé objetiva. Inovação e ressystematização acontecem lentamente por meio da casuística e da estabilização, em um processo de criação e decantação. Em razão da característica casuística dessas operações, a compreensão do domínio de casos ao qual aplica-se o instituto é fundamental para a análise de como um elemento extrassistemático se acomodou no sistema jurídico.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva; adimplemento substancial; substancial performance; STJ; resolução contratual.

ABSTRACT

This study examines the parameters currently adopted by legal doctrine and the Superior Court of Justice (STJ) of Brazil in the application of substantial performance, as well as to analyze how the theory has been historically applied by the court. The expression substantial performance refers to a limitation on the creditor's right to terminate the contract, precisely in cases where the debtor's non-performance is of little significance and importance. The non-performance that allows for the termination of the contractual relationship is definitive non-performance, that is, a breach of contract that substantially impairs the utility of the obligation for the creditor. Originally conceived in the context of Common law, this concept was introduced in Brazil through legal doctrine and was not expressly codified in the 2002 Civil Code or any other specific law. The jurisprudence has embraced the concept, based on theories that have developed substantial performance grounded in the general principle of objective good faith, initially focusing on quantitative criteria for its application. Recently, the STJ expanded the perspective of the theory, beginning to emphasize the need for a functional or qualitative analysis of non-performance. At the same time, the STJ recognizes the inapplicability of this concept in certain situations. The history of the application of substantial performance by the STJ reveals the operational richness that surround open norms, especially that of objective good faith. Innovation and re-systematization occur slowly through case law and stabilization, in a process of creation and clarification. Due to the casuistic nature of these operations, understanding the range of cases to which the theory applies is fundamental for analyzing how an extra-systemic element has been integrated into the legal system.

Keywords: Objective good faith; substantial performance; STJ; breach of contract.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - DECISÕES QUE RECONHECERAM O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	50
TABELA 2 – DECISÕES QUE NÃO RECONHECERAM O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	50

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O MODERNO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E TEORIA CONTRATUAL: CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	12
2.1 BASES DO MODERNO DIREITO PRIVADO: FENÔMENO DA ETICIZAÇÃO JURÍDICA E FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS	12
2.2 OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO E CLÁUSULA-GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA: NATUREZA, CONTEÚDO E MÉTODO DE APLICAÇÃO	18
2.3 REAÇÕES À MODERNA TEORIA CONTRATUAL: LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA, FORTALECIMENTO DO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> E DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	25
3 RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR INADIMPLEMENTO E A FIGURA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ORIGEM E FUNDAMENTOS NORMATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
3.1 A RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR INADIMPLEMENTO	28
3.2 A ORIGEM DO INSTITUTO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	33
3.3 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO NORMATIVO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E CONSTRUÇÃO NORMATIVA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL	35
3.4 ACOLHIMENTO DA TEORIA PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: EM BUSCA DOS CRITÉRIOS PARA VERIFICAÇÃO DA GRAVIDADE DO INCUMPRIMENTO.....	39
4 O CONTEÚDO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: CRITÉRIOS E REQUISITOS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	48
4.1 PANORAMA GERAL	48
4.2 A PRIMEIRA DECISÃO QUE ACOLHEU A FIGURA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	49
4.3 ENFOQUE INICIAL NO CRITÉRIO QUANTITATIVO	49
4.4 DESTAQUE PARA CRITÉRIOS QUALITATIVOS.....	52
4.5 CASOS PARADIGMÁTICOS DE RESTRIÇÃO DA APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	56
4.5.1 Busca e Apreensão.....	56

4.5.2 Prisão Civil	62
4.5.3 Resolução do compromisso de compra e venda submetido ao CDC	63
4.5.4 Consignação em pagamento	64
4.5.5 Arrendamento Mercantil.....	65
4.6 AS LIMITAÇÕES DA APLICAÇÃO DA FIGURA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL PELO STJ COMO COMPATIBILIZAÇÃO DA FIGURA COM O SISTEMA JURÍDICO	66
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Uma das funções primordiais desempenhadas pela cláusula-geral da boa-fé objetiva é a de funcionar como limite ao exercício de direitos subjetivos. Inserida nesta função limitadora de posições subjetivas que se desenvolve a figura do adimplemento substancial. Em suma, trata-se de restrição ao poder do credor de resolver a relação contratual diante do adimplemento que se revela substancial pelo devedor.

A aplicação do adimplemento substancial é uma questão de grande relevância e controvérsia para o Direito Obrigacional e Contratual, ainda mais considerando a existência de contratos complexos, os quais exigem uma análise cuidadosa da situação concreta do inadimplemento.

Assim, é de fundamental importância compreender qual o conteúdo desse instituto e como ele é aplicado no Brasil. Para isso, o foco será *(i)* o estudo dos fundamentos normativos e teóricos que possibilitaram o surgimento da teoria do adimplemento substancial no Brasil; *(ii)* relacionar o conceito do adimplemento substancial com os pressupostos do exercício do direito resolutivo pelo credor; *(iii)* investigar os critérios formulados e propostos pela doutrina para a aplicação da figura; *(iv)* analisar quais os usos, limites e possibilidades da aplicação da teoria, através dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão que tem papel central na orientação jurisprudencial e de aplicação do direito infraconstitucional no Brasil.

Por fim, também busca-se investigar se existe na jurisprudência do STJ uma tendência histórica de limitação da aplicabilidade do adimplemento substancial, como espécie de reação ao uso imoderado da figura e como fortificação dos princípios da obrigatoriedade dos contratos, da liberdade dos contratantes e da segurança jurídica.

Com efeito, como se verá, ao mesmo tempo que o uso imoderado e não criterioso do instituto pode prejudicar a confiança e a segurança dos contratantes, vez que pode ocasionar uma relativização não razoável da obrigatoriedade dos contratos, se bem usada produz o efeito oposto, que é a preservação da segurança jurídica. Isso porque evita consequências gravosas ou desproporcionais para aquele que adimple substancialmente, isto é, garante maior previsibilidade e estabilidade para as relações jurídicas.

Para alcançar os objetivos mencionados, a metodologia da pesquisa resume-se ao estudo bibliográfico-doutrinário especializado e a análise dos acórdãos do STJ,

por meio da localização na base de dados desses tribunais de julgados que contenham referência à expressão “adimplemento substancial”.

Por fim, busca-se catalogar grupos de casos que tenham similaridade de *ratio decidendi*, com a busca dos critérios e a extensão da aplicação do instituto e, sobretudo, identificar uma tendência racional do emprego do instituto do adimplemento substancial: se inclinado à restrição ou ao alargamento da sua aplicabilidade e quais as causas dessa tendência.

2 O MODERNO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E TEORIA CONTRATUAL: CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

2.1 BASES DO MODERNO DIREITO PRIVADO: FENÔMENO DA ETICIZAÇÃO JURÍDICA E FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

A teoria geral das obrigações e dos contratos passou por relevantes alterações, a partir da revisão de suas bases e fundamentos. Trata-se da reação às concepções do positivismo jurídico² e aos excessos do liberalismo.

Apesar da multiplicidade de significados atribuídos aos termos positivismo e liberalismo, a despeito das diferentes linhas de positivismo e liberalismos e não obstante a diversidade de posturas teóricas que assumem essas posições, podemos identificar que a lógica jurídica adotada durante a maior parte do século XIX foi pautada pelas seguintes características: (1) legalismo rigoroso;³ (2) sistema fechado

² SILVA, Clóvis do Couto e, **A Obrigação como Processo**, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 23.

³ Conforme explica António Manuel Hespanha, comentando a Revolução Francesa e a Escola da Exegese (linha teórica que mais fortemente defendia uma teoria da norma estritamente legalista): "Tudo isto contribuiu para dar aos códigos o ar de monumentos legislativos de há muito desejados, cientificamente fundados, democraticamente legitimados e politicamente convenientes. Perante eles, não poderiam valer quaisquer outras fontes de direito. Não o direito doutrinal, racional, supra-positivo, porque ele tinha sido incorporado nos códigos, pelo menos na medida em que isso tinha sido aceite pela vontade popular. Não o direito tradicional, porque a Revolução tinha cortado com o passado e instituído uma ordem política e jurídica nova. Não o direito jurisprudencial, porque aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo), mas apenas o de o aplicar (poder judicial). **A lei – nomeadamente esta lei compendiada e sistematizada em códigos – adquiria, assim, o monopólio da manifestação do direito.** Por isso, lei de 30 de Ventôse do ano XII [7/2/1804]), que põe em vigor o Code civil de 1804, estabelece: “A partir do dia em que estas leis se tornarem executórias, as leis romanas, as ordonnances, os costumes gerais ou locais, os estatutos e os regulamentos, deixam de ter força de lei geral ou particular nas matérias que forem objeto das leis que compõem o presente” (art.o 7o). **A isto se chamou legalismo ou positivismo legal (Gesetzpositivismus).**

de regras;⁴ (4) raciocínios jurídicos formalistas de interpretação e aplicação do direito, por meio da lógica da subsunção; (5) intervenção mínima do Estado nos contratos e nas relações jurídicas entre os particulares;⁵ (6) preferência pelo valor da segurança jurídica frente ao valor da justiça particular; (7) absolutização dos direitos subjetivos e da autonomia privada, lidos a partir de uma perspectiva individualista.⁶

Percebida a insuficiência dessa lógica jurídica, os seus fundamentos passam a ser reformulados. Os ordenamentos jurídicos vão progressivamente se abrindo e os aplicadores do direito adotam novas posturas teóricas e práticas.⁷ Com efeito, não houve a derrocada do positivismo jurídico, mas a sua renovação: o positivismo

(...) Deve ainda acrescentar-se que o legalismo e o positivismo legalista promoveram a ideia de que as mudanças do direito se processavam necessariamente por via legislativa. Assim, perante qualquer desajustamento do direito, a tendência ou a tentação era para se legislar de novo. Este mesmo facto amarrou o direito à vontade sempre mutável das maiorias parlamentares, dando origem a soluções jurídicas nem sempre muito amadurecidas e frequentemente inspiradas por uma arrogância legislativa pouco atenta aos limites da regulação social por meio da lei. (...) Por fim, o legalismo exegético contribuiu para estabelecer a ideia de que o saber jurídico, partindo da observação de factos positivos – as leis – e prosseguindo com o uso de métodos intelectuais evidentes, certos e unívocos, adquire a natureza de um conhecimento científico, objetivo e neutro, que põe fim à contraposição de pontos de vista e ao capacete argumentativo do saber nesta área. Neste sentido, ao autoritarismo da lei – como fonte única e inequívoca de direito –, soma-se o autoritarismo dogmático, expulsando do mundo jurídico as ideias de complexidade, probabilismo das perspectivas, argumentação dos pontos de vista, ponderação dos resultados" HESPANHA, António Manuel, **A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio**, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012, p. 402,407, 408.

⁴(...) O Direito, sob o paradigma liberal, seria um "sistema fechado de regras", que teria por função estabilizar expectativas de comportamento, determinado os limites e, ao mesmo tempo, garantindo a esfera privada de cada indivíduo. Com o uso de leis gerais e abstratas, busca-se garantir, ainda que apenas formalmente, a liberdade, a igualdade e a propriedade, de modo que todos os sujeitos receberiam os mesmos direitos subjetivos. É por isso que os direitos e garantias fundamentais passam a ser entendidos como verdadeiras garantias negativas da não intervenção do Estado na sociedade". OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito: três ensaios críticos*, 2000, p. 38.

⁵ "Como sabemos, de acordo com a configuração do direito contratual brasileiro, no Código de 1916, a concepção liberal de contrato pregava a intervenção mínima do juiz nos contratos, por considerar a palavra dada como algo sagrado, uma vez pronunciada, não podia ser retirada ou modificada". FRADERA, Véra Maria Jacob, Art. 7º: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil. In: **Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-19.1.

⁶ BECKER, Anelise, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 9, 1993, p. 70.

⁷ Apesar das discordâncias quanto à relação entre direito e moral, a superação do positivismo clássico está ligado à concepção de que o direito implica também um elemento moral e valorativo. "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. TORRES, Ricardo Lobo, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

permanece em permanente diálogo com concepções antipositivistas (ou pós-positivistas).⁸

A mudança da lógica jurídica dos sistemas ocidentais, a partir das primeiras décadas do século XX, produziu importantes alterações no direito das obrigações e no direito dos contratos.

Em um primeiro lugar, surge uma nova teoria das fontes, afastada do legalismo estrito, mas que não despreza o direito posto.⁹ Percebe-se que novos fatos sociais, antes não tratados pelo direito, deveriam ser atendidos, vez que, "não faz muito, eram considerados exclusiva competência de outras ciências, como, e.g., da sociologia."¹⁰

Uma nova teoria das fontes relaciona-se também com uma nova teoria da norma, para a qual exige-se o "reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação do direito"¹¹. Ou seja, passa-se a admitir princípios "tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do direito."¹² Isso produz poderosos efeitos nas obrigações jurídicas, como explica Clóvis do Couto e Silva:

Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o corpus

⁸ Importante destacar que para os defensores do positivismo jurídico, a abertura do sistema para elementos éticos é totalmente compatível com a postura de separar o direito da moral. Ou seja, o positivismo daria conta de um sistema aberto: "O que importa para o positivista é que o intérprete tenha unicamente como referência a norma (N1), conforme a maior ou menor liberdade de decisão conferida por essa norma, sem recurso a um sistema moral. Que exercício de liberdade é essa? A melhor resposta seria a ideia de que os aplicadores do direito não exercem o poder discricionário de maneira livre. Não haveria uma incidência autônoma e necessária da moral na criação/concretização do direito. A observação da moral pode ser um dever quando N1 a impõe, estabelecendo por exemplo critérios de decisão a equidade, boa-fé, etc. Mas o aplicador decide de acordo com os valores morais em virtude da N1 e não em razão da própria moral. Assim, a vinculação entre direito e moral é contingente: depende exclusivamente da vontade dos criadores de normas em seus vários níveis de concretude. Esses critérios morais de decisão impõem uma desmoralização dos imperativos morais, isso é, "quando o legislador positiva um princípio de direito natural, esse princípio adquire valor jurídico e perde sua qualidade de preceito jusnaturalista, ocorrendo uma 'desnaturalização do direito natural". DIMOULIS, Dimitri, **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**, São Paulo: Método, 2006, p. 174.

⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, 2004.

¹⁰ SILVA, **A Obrigação como Processo**, p.65

¹¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 65.

¹² SILVA, **A Obrigação como Processo**, p.66

juris vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação.¹³

O que possibilita a abertura, no "hortus conclusus do sistema do positivismo jurídico", de "janelas para o ético"¹⁴ são as cláusulas-gerais. Trata-se de técnica legislativa que abre o sistema para elementos externos. Conforme explica Judith Martins-Costa:

Essa abertura é em parte pelas cláusulas gerais, técnica legislativa pela qual são conformados modelos jurídicos abertos, isto é: aqueles expressos mediante uma «estrutura normativa concreta» cuja finalidade é modular, nas leis, «soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina», fazendo apelo, para tal fim, «a conceitos integradores da compreensão ética, tais como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc.» (...) Dentre as normas abertas aninham-se os princípios normativos, os conceitos indeterminados, as diretivas («normas-objetivo») e as cláusulas gerais.¹⁵

Há um afastamento da técnica legislativa da casuística, que é caracterizada pela descrição normativa mais detalhada, considerando a particularidade de casos específicos:

«A configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria»[...] nas regras casuísticas, há uma prevalência do elemento descritivo, ocorrendo, por isso, uma tipificação de condutas no próprio texto legal.¹⁶

Já nas cláusulas gerais, "o detalhamento, próprio da casuística, estará ausente":

São empregados termos cuja tessitura é semanticamente aberta, muitas vezes dotados de cunho valorativo (bons costumes; boa-fé; justa causa...) (...) A prescrição é vaga – ao menos na hipótese ou enunciado normativo – aludindo-se com o mínimo de elementos descritivos às circunstâncias de incidência da norma.¹⁷

¹³ SILVA, **A Obrigação como processo**, p.66

¹⁴ *Ibid.*, p.42

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.**, [s.l.]: Editora Saraiva, 2018, p. 47 e 133.

¹⁶ *Ibid.*, p. 135 e 144.

¹⁷ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.**, p. 145.

Por certo que o sistema jurídico necessita de imprecisão, já que não é possível que o legislador casuisticamente preveja e regule todas as ocorrências sociais e fatos relevantes. É a imprecisão que "possibilitará o amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador."¹⁸

Por consequência da abertura do sistema jurídico, tem-se uma rejeição do formalismo que guiava a aplicação do direito e "a busca mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico como: a ponderação, tópica, teorias da argumentação, metódica estruturante, entre outros."¹⁹ Surgem, assim, novas teorias da interpretação, que abalam o "rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo."²⁰

A concretização das normas abertas pelo intérprete/aplicador não é possível por meio da lógica clássica da subsunção:

Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas sim como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático (...). A subsunção não é, pois, uma atividade mecânica que descreve um processo semelhante ao que se verifica nas ciências físicas ou naturais. Certamente, o conceito de pressupostos de fato e de incidência é fundamental para a construção dogmática. Mas a atividade jurisdicional, de verificação de incidência, tem, hoje, sentido diferente da apregoada pela teoria dominante nos fins do século passado. Brogginini dá excelente descrição do processo de subsunção, na forma em que atualmente é concebido, ao afirmar que a atividade do juiz consiste na interpretação da lei, como proposição maior, segundo os critérios que são dele conhecidos, na aplicação dos ditames da experiência e na comparação do pressuposto ou suporte fático concreto com o normativo, até a concretização do termo médio do silogismo processual(...). Ao lado da interpretação tradicional lógica e histórica, ao lado do cognoscitivo da subsunção, admite a teoria moderna fatores metalógicos (interpretação de interesses dignos de serem levados em conta, aperfeiçoamento da norma através da aplicação de proposições fundamentais, construção segundo valorizações em geral vigentes ou novas).²¹

Ainda, a moderna lógica-jurídica dá maior enfoque à justiça particular (individual e concreta) em vez de uma justiça geral, o que justifica a maior judicialização das relações sociais.

¹⁸ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.**, p. 152.

¹⁹ FERNANDES, **Curso de Direito Constitucional**, p.65.

²⁰ SILVA, **A Obrigação como Processo**, p.65 e 66.

²¹ *Ibid.*, p.42

Em verdade, se na antiga lógica jurídica, a autonomia da vontade era absolutizada e pregava-se a intervenção mínima do Estado nos contratos, já que isso supostamente prejudica a segurança jurídica das relações privadas, na lógica contemporânea, os contratos passam a ser revistos judicialmente e o exercício dos direitos subjetivos a serem ponderados e controlados judicialmente, numa busca da justiça material dos contratos.²²

Efetivamente, entende-se que os direitos subjetivos devem ser funcionalizados: para além da vontade, outros interesses e posições jurídicas merecem ser tutelados,²³ considerando que os direitos subjetivos estão imersos na vida social e na coletividade. Refere-se à conciliação entre a autonomia privada (liberdade) e a solidariedade (responsabilidade).²⁴

"Daqui decorrem diversas consequências para a teoria do direito, em particular, a reformulação das categorias jurídicas em perspectiva funcional (ou dinâmica)",²⁵ com a superação da dogmática da absolutização dos direitos subjetivos. Isso implica na conclusão de que as obrigações e os contratos devem adaptar-se aos novos fatos sociais: o exercício dos direitos subjetivos tem sempre vinculação social.²⁶

Outra consequência da funcionalização dos direitos é a conclusão de que os deveres jurídicos não decorrem apenas da vontade, o que pode significar que o princípio do *pacta sunt servanda* deva ser relativizado excepcionalmente, numa verdadeira tensão entre princípios.²⁷

É conquista relativamente recente na dogmática jurídica o princípio de que a vontade do legislador não prevalece na interpretação da lei, porque essa precisa adaptar-se às condições sociais. As leis, portanto, tendo destino

²² "O sistema civil agora implantado no país fornece ao juiz um novo instrumental, bem diferente do que estávamos acostumados a ver no ordenamento revogado, que privilegiava o princípio da autonomia da vontade, e por isso negava a revisão judicial dos contratos, ainda que diante de cláusulas nitidamente abusivas, para respeitar a manifestação da vontade, embora, na maioria das vezes, esse componente sequer estivesse presente na celebração". AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 232.

²³ "(...) a autonomia privada e a liberdade contratual recebem especial proteção do ordenamento, impondo aos contratantes, ao lado da perseguição de seus legítimos interesses patrimoniais, o dever de tutelar os interesses extracontratuais socialmente relevantes alcançados pelo negócio jurídico". TEPEDINO, Gustavo José Mendes, *Relações contratuais e a funcionalização do direito civil*, **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, v. 28, p. 1–10, 2023, p. 1.

²⁴ "Liberdade e solidariedade, portanto, caminham de modo integrado, como binômio inseparável". TEPEDINO, *Relações contratuais e a funcionalização do direito civil*, p.2.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, p. 70.

²⁷ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.**, p. 309.

duradouro, não podem ficar condicionadas a uma hipotética vontade do legislador e são adaptadas às situações de cada época. Nos contratos – na época em que prevalecia interpretação da vontade abstrata –, o fenômeno era o mesmo. *Pacta sunt servanda* era princípio que não comportava exceção. O sistema de direito manifestava-se no que tocasse à interpretação de modo harmônico. Em se tratando de lei, vigorava a vontade do legislador e, no respeitante aos atos jurídicos, o princípio também era o que correspondia àquela posição, o da vontade das partes. Colocava-se assim o ato jurídico completamente à margem da vida. O pensamento, porém, daqueles que vêm no contrato uma vontade abstrata, que defendem a posição de que, uma vez perfeitos, estão livres de toda e qualquer modificação, ainda que ditada por novos fatos sociais, outra coisa não consiste senão em considerar o contrato como algo meramente formal, verdadeiro mecanismo à margem da vida, maior produtor de conflitos de interesses do que soluções para os mesmos²⁸.

A funcionalização da obrigação está pautada na consideração da obrigação como uma relação dinâmica. A "causa, o título, o equilíbrio substancial entre os respectivos centros de interesse; as finalidades que visam concretamente realizar e as múltiplas situações jurídicas"²⁹ atingidas pela obrigação merecem especial atenção para essa perspectiva funcional.

Nesta moderna lógica jurídica, cujas características foram sumariamente descritas, o direito obrigacional passa a ter como centro e um dos princípios reitores o princípio da boa-fé objetiva. Além disso, a obrigação não pode ser mais vista estaticamente e estruturalmente, "ignorando as peculiaridades da relação jurídica concreta e a incidência sobre ela dos princípios e valores tidos como relevantes pelos ordenamentos contemporâneos".³⁰ A relação obrigacional passa a ser compreendida como um processo dinâmico, pautado na cooperação.

2.2 OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO E CLÁUSULA-GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA: NATUREZA, CONTEÚDO E MÉTODO DE APLICAÇÃO

Por meio de uma perspectiva dinâmica e funcional do direito das obrigações, a obrigação deixa de ser uma simplificação do binômio direito subjetivo do credor-dever jurídico do devedor, marcado pelo antagonismo entre os sujeitos da relação,

²⁸ SILVA, **A Obrigação como processo**, p.105 e 106.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson, **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**, 4. ed. [s.l.]: Grupo GEN, 2023, p. 32.

³⁰ *Ibid.*

para tornar-se uma relação complexa, caracterizada pela cooperação entre as partes para a consecução do fim da obrigação, que é o seu adimplemento:

A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do credor.³¹

Conforme lição de Clóvis do Couto e Silva, a obrigação é um processo, isto é, uma totalidade orgânica cooperativa, "que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação do credor"³² e "que não se esgota na soma dos elementos que a compõem."³³ Assim, a obrigação adquire uma concepção finalística, já que "dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor."³⁴

A funcionalização da relação obrigacional também implica na necessária consideração de outras situações jurídicas e da própria função prático-social dos negócios jurídicos. Com efeito, "a concepção da obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexó finalístico tem posição relevante",³⁵ assim como naqueles sistemas nos quais há uma separação relativa de planos, entre direito das obrigações e direito das coisas.³⁶

A "finalidade é imprescindível a todo e qualquer ato jurídico".³⁷ Na compra e venda, por exemplo, o fim restringe-se à função que exerce esse negócio jurídico, e os demais aspectos referentes ao objetivo da aquisição (motivo) são deixados à margem da valorização jurídica. A obrigação, sob a perspectiva tradicional, estática e atomista, não era suficiente para perceber a função jurídica das obrigações:

A doutrina tradicional, dentro de uma perspectiva voluntarista, definia a tutela da obrigação a partir de uma análise estritamente estrutural, ou seja, mediante, a identificação dos sujeitos (quem) e daquilo que se prometeu (o quê). Neste contexto, a análise da função jurídica teria uma importância secundária, surgindo pontualmente naquelas hipóteses em que a lei

³¹ PERLINGIERI, Pietro, **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional.**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 212.

³² SILVA, **A Obrigação como processo**, p.16.

³³ *Ibid.*, p.19.

³⁴ SILVA, **A Obrigação como processo**, p.168.

³⁵ *Ibid.*, p.21.

³⁶ *Ibid.*, p.22.

³⁷ *Ibid.*, p.63.

expressamente chamasse o intérprete a considerar o interesse do credor, como, por exemplo, na apreciação da legitimidade do pagamento realizado por terceiro ou da possibilidade de o devedor purgar a mora, realizando a prestação depois de vencida a dívida.³⁸

Conforme as teorizações de Emílio Betti:

a causa do negócio é, propriamente, a função econômico-social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia privada (típica, neste sentido), e que lhe determina o conteúdo mínimo necessário.³⁹

Contudo, não se trata apenas da função do tipo negocial em abstrato, conforme previsto pelo legislador, mas sobretudo "a causa in concreto, ou seja, no específico negócio que se pretende qualificar."⁴⁰

Perceber a importância da função econômico-social do contrato é limitar a autonomia privada, já que a sua tutela jurídica toma em conta apenas a função socialmente relevante do negócio-tipo.⁴¹ É a funcionalidade do contrato que merece tutela e não os meros "caprichos individuais".

Os vetores que condicionam o desenvolvimento da obrigação polarizada pelo adimplemento são **(a)** o princípio da autonomia da vontade e, sobretudo, **(b)** a cláusula-geral da boa-fé objetiva. É esta última que ganha centralidade no direito obrigacional contemporâneo, por trazer os "parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração para o alcance dos fins perseguidos na relação obrigacional."⁴²

Conforme doutrina de Martins-Costa, as cláusulas-gerais fazem parte do gênero das normas abertas, em conjunto com os princípios e os conceitos indeterminados.⁴³ O que diferencia as cláusulas-gerais é sua **(i)** vagueza socialmente típica e **(ii)** estrutura normativa aberta. Fala-se de vaguezas socialmente típicas, pois são aquelas "que fazem o reenvio a parâmetros valorativos", variáveis no tempo e no espaço e que "são mutáveis à moral social e ao costume."⁴⁴

³⁸ KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (org.), **Diálogos sobre direito civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 352.

³⁹ BETTI, Emílio, **Teoria Geral do Negócio Jurídico, tomo I.**, Coimbra: Ed. Coimbra, 1969, p. 352.

⁴⁰ TEPEDINO, Relações contratuais e a funcionalização do direito civil, p.2.

⁴¹ BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, p. 72.

⁴² TEPEDINO; SCHREIBER, **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**, p. 38.

⁴³ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p. 133.

⁴⁴ *Ibid.*, p.154.

Quanto à estrutura normativa das cláusulas-gerais, tanto a hipótese normativa quanto o consequente normativo são indeterminados: as cláusulas gerais têm problemas de indeterminação de duas ordens – tanto da hipótese quanto da estatuição (consequência). Para o “preenchimento” do conteúdo da hipótese, faz-se uma remissão a um standard e/ou a realidades valorativas. Em relação à consequência, determina-se no caso concreto.⁴⁵

Além disso, elas reenviam o aplicador a outros espaços do próprio ordenamento ou a standards valorativos.⁴⁶ Ou seja, o juiz é direcionado para elementos intersistemáticos e extrassistemáticos. Além de promoverem a inovação no sistema, elas têm a função também de garantir mobilidade, por meio da “acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistemização)”:⁴⁷

Os elementos extrassistemáticos ou intersistemáticos a que é o juiz direcionado pelo reenvio fundamentarão a decisão, motivo pelo qual esses fundamentos, uma vez reiterados no tempo, alcançarão uma relativa abstração que, por sua vez, viabilizará a ressystematização destes elementos originariamente inter e extrassistemáticos no interior do Ordenamento jurídico.⁴⁸

A boa-fé objetiva é uma cláusula-geral por possuir referidas características. Contudo, por também fazer o reenvio direto a realidades valorativas (um estado ideal de coisas⁴⁹), a boa-fé pode ser, ao mesmo tempo, uma cláusula-geral e um princípio jurídico.⁵⁰

Na visão de Judith Martins-Costa, a aplicação das cláusulas-gerais é possível por meio de um raciocínio tópico. Inicialmente formulada por Viehweg, trata-se de técnica de pensamento orientado aos problemas concretos: “um tópico é um ponto de vista considerado relevante e consensualmente aceito.”⁵¹

⁴⁵ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.145 e146.

⁴⁶ *Ibid.*, p.167.

⁴⁷ *Ibid.*, p.174.

⁴⁸ *Ibid.*, p.173.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo: Malheiros, 2019.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.198.

⁵¹ *Ibid.*, p.197 e 198.

Sendo progressivamente formados, atendendo à dimensão do peso e do valor relativo ao caso concreto, e marcados pelo dinamismo, os tópicos não sofrem o risco do imobilismo. Deles se afasta o carácter axiomático, atributo do *primum verum*.⁵²

Em razão da estrutura normativa das cláusulas-gerais, não é possível raciocinar estabelecendo relações de identidade, mas "apenas relações de correspondência".⁵³ O problema sempre permite mais de uma resposta.

Assim, o raciocínio necessário para a aplicação das cláusulas-gerais é aquele que conecta o sistema com elementos valorativos que estão fora da própria cláusula-geral e muitas vezes fora do próprio sistema:

A sua concretização exige, conseqüentemente, que o julgador seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos na própria cláusula geral (embora por ela sejam indicados), cabendo-lhe, para tanto, quando atribuir uma consequência jurídica à cláusula geral, formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretiva ou do padrão social prescritivamente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta. (...)

Na aplicação das cláusulas gerais, tal como na aplicação dos princípios normativos, a argumentação do julgador deve traçar uma relação que é de correspondência fundamentada, sob dupla forma: deve o julgador estabelecer a correlação in abstracto entre os deveres previstos de modo vago no enunciado (comumente pelo reenvio a princípios), buscando na tipologia social a descrição dos deveres que seriam exigíveis em vista da situação concreta, para o fim de especificar, ainda in abstracto, o comportamento devido; e, num segundo passo, deve estabelecer entre o fato concreto (comportamento, circunstâncias objetivas e subjetivas), e os deveres já então especificados, a relação de correspondência, definindo, também, a consequência jurídica.[...] Sublinho este ponto: nas cláusulas gerais, a concretização da valoração e a formação da estatuição só pode operar perante o caso concreto, ou em face de grupos de casos considerados como «típicos» por meio deste vai e vem entre o abstrato e geral, o concreto e geral, o abstrato especificado e novamente o concreto, desta vez particularizado, instaurando-se verdadeira relação dialógica entre sistema e problema.⁵⁴

Importante ressaltar que não se trata da superação do pensamento lógico-dedutivo da subsunção pelo sistema casuístico-indutivo da tópica. É preciso uma cuidadosa conciliação entre o sistema e a tópica, entre dedução e indução, conforme salienta Martins-Costa:

⁵² MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.200.

⁵³ *Ibid.*, p.204

⁵⁴ *Ibid.*, p.159 e 172.

Se utilizado exclusivamente o raciocínio lógico-dedutivo, estarão as cláusulas gerais condenadas a permanecer emudecidas, num inútil e eterno limbo. Por outro lado, se o julgador afastar-se do sistema, raciocinando apenas de modo tópico, proferirá decisões imprevisíveis, por vezes voluntaristas, baseadas em sentimentos. Então, não apenas a certeza jurídica será ferida: a garantia fundamental da igualdade perante a lei será letra morta. (...) Por esta necessária conjugação, considerado o sistema de um modo aberto e móvel, pode-se afirmar que ciência do direito «é predominantemente dedutiva, mas dá larga margem para que se possa pensar casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos». (...) Sistematização e assistemização constituem, assim, a polaridade dialética na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressystematização.⁵⁵

É solidamente destacado pela doutrina que a boa-fé objetiva não se confunde com a boa-fé subjetiva, já que esta refere-se a um estado psicológico e subjetivo de desconhecimento de determinado vício jurídico: a crença do agente de que está de acordo com o direito. É nesse sentido que o termo era usado antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor no Brasil.

Contudo, com a positivação da boa-fé objetiva em nosso ordenamento jurídico, surge uma estrutura normativa prescritiva, segunda a qual os particulares devem comportar-se adequadamente e segundo parâmetros objetivos de honestidade e lealdade, esperados em determinada situação concretamente considerada. Ou seja, a boa-fé objetiva é um modelo jurídico que indica um standard comportamental, além de servir como um cânone de interpretação dos contratos.⁵⁶

A partir dos dispositivos do Código Civil de 2002 que expressamente contém a expressão "boa-fé" em seu sentido objetivo, quais sejam os artigos 113, 187 e 422,⁵⁷ a doutrina aponta que ela desempenha uma função tríplice: hermenêutica, como criadora de deveres anexos e como restritiva do exercício abusivo de direitos.⁵⁸

No direito obrigacional, aponta-se que a boa-fé objetiva ocasiona especialmente o aumento de deveres para os partícipes da relação e a limitação do

⁵⁵ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.196 e 211.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**.

exercício de posições jurídicas, mesmo que autorizado por uma norma jurídica, se tal exercício resultar na violação a dever anexo imposto pela boa-fé.⁵⁹

Ressaltando a função criadora de deveres, Clóvis do Couto e Silva ressalta:

Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos. A prestação principal é determinada pela vontade. (...) A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultaram (...). Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé. A hipótese mais comum é a de gestão de negócios.⁶⁰

Para este trabalho, merece destaque a função limitadora do exercício abusivo de direitos exercida pela boa-fé objetiva, também chamada de função corretora de condutas e exercícios jurídicos.⁶¹ Ela atua direcionando e ajustando o exercício jurídico de "direitos, faculdades, pretensões, ações, exceções e ônus" aos padrões de licitude.⁶² O que a boa-fé objetiva possibilita é:

(...) impedir o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas. Trata-se da sua incidência no momento dinâmico, abrangendo todas as fases da relação obrigacional.⁶³

Esta função só é possível com a interação de outras regras, princípios e valores, tais como a de justiça comutativa, utilidade, equilíbrio e confiança. Como se verá, o adimplemento substancial, ao exigir a análise do exercício jurídico do direito formativo de resolução da relação contratual, é possível apenas com a articulação da boa-fé objetiva com os princípios da utilidade contratual, da justiça comutativa e da confiança.

É dizer: o adimplemento substancial, fundado na boa-fé objetiva, é forma de correção do exercício de um direito que é conferido a um sujeito pelo ordenamento

⁵⁹ TEPEDINO; SCHREIBER, **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**, p. 39.

⁶⁰ SILVA, **A Obrigação como processo**, p. 33 e 38.

⁶¹ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.666.

⁶² MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.625.

⁶³ *Ibid.*

jurídico, qual seja, a de resolver a relação por inadimplemento, no caso da concretização dessa situação resolutive ser contrária ao ordenamento jurídico em sua totalidade,⁶⁴ especialmente por se identificar que não se exterminou a utilidade da prestação; não haver prejuízo ao equilíbrio sinalagmático; e não haver comportamento desleal por parte daquele que inadimpliu.

2.3 REAÇÕES À MODERNA TEORIA CONTRATUAL: LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA, FORTALECIMENTO DO *PACTA SUNT SERVANDA* E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Atualmente, é possível notar que há reações teóricas e legislativas às mudanças ocorridas no sistema jurídico moderno, em especial ao intervencionismo do Estado nas relações contratuais, à limitação da autonomia privada e à insegurança jurídica supostamente gerada.

Apesar das modernas teorias das obrigações e dos contratos surgirem essencialmente como reação aos excessos do positivismo e do liberalismo, aponta-se que a abertura do sistema e o maior intervencionismo judicial nas relações privadas tem sido levado ao extremo, em prejuízo ao princípio da segurança jurídica, ao aspecto econômico e individual do contrato e em detrimento do incremento dos negócios.

As cláusulas-gerais, como a da boa-fé objetiva e da função social, são criticadas por serem de difícil aplicação e facilmente manipuláveis pelo intérprete, o que gera insegurança jurídica:

Outro fator a preocupar a doutrina e os jurisdicionados, no referente à segurança jurídica, pelo menos nos primeiros anos de sua vigência, são as cláusulas gerais, abundantes no Código de 2002, quando, no anterior diploma, existiam de forma excepcional, e sua aplicação, muitas vezes, era evitada, em razão de serem consideradas de difícil interpretação, logo, também, de difícil aplicação, acarretando, por isso, imprevisibilidade e insegurança⁶⁵. Observe-se o fato de as críticas às cláusulas gerais terem sido sempre contundentes, não só no Brasil, sobretudo após a publicação do Código Civil de 2002, mas, inclusive, em sistemas jurídicos onde foram e continuam sendo utilizadas comumente, como é o caso da Alemanha. (...) A maioria dos doutrinadores, tanto brasileiros como estrangeiros, ao criticar o mecanismo das cláusulas gerais, foca na exigência de o juiz ter sensibilidade

⁶⁴ CORDEIRO, António Manuel Menezes, **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa In Agendo**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

jurídica e social para captar os valores vigentes no ordenamento em questão, sem chegar ao arbítrio.⁶⁵

Esses riscos já faziam parte das preocupações de Clóvis do Couto e Silva, ao explicar que a boa-fé objetiva e a própria reconfiguração das obrigações, "como reação, entretanto, pode ser levado a extremos, ferindo-se, assim, outros valores que o ordenamento jurídico consagra".⁶⁶

O princípio do *pacta sunt servanda* era e continua a ser reitor dos contratos. Contudo, ele "sofreu lenta e progressiva mitigação, sob o pretenso de ser imperiosa uma revisão desta concepção liberal, para evitar injustiças".⁶⁷ Com o Código Civil promulgado em 2002, foi possível o retorno de "uma sociedade onde vigora uma regra moral, não aquela com base canonista, como ocorria no passado, no Código de 1916, e sim uma moral social, tendo em vista a socialidade, o valor da pessoa humana como elemento central do Código Civil".⁶⁸

No âmbito legislativo, aponta-se que a promulgação da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), através da conversão da Medida Provisória nº 881/2019, foi a reação mais notória à mitigação da autonomia privada e ao intervencionismo estatal nos contratos. O diploma tem como objetivo declarado "limitar a intervenção estatal, estimular o empreendedorismo e garantir o desenvolvimento econômico do Brasil, a lei altera o Código Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho e outras normas legais".⁶⁹

O legislador adotou uma perspectiva liberal, "afastando a presença do Estado nas relações contratuais privadas",⁷⁰ em um fortalecimento do poder de autodeterminação dos particulares, por meio da elevação dos princípios contratuais clássicos, com destaque para a autonomia privada.

É marca disso a alteração promovida no Código Civil, especialmente a modificação do caput do artigo 421 e inclusão de um parágrafo único ao dispositivo,

⁶⁵ FRADERA, Art. 7o: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil.

⁶⁶ SILVA, **A Obrigação como processo**, p. 41.

⁶⁷ FRADERA, Art. 7o: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil.

⁶⁸ FRADERA, Art. 7o: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil.

⁶⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; PRADO, Augusto César Lukascheck, **A LIBERDADE CONTRATUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – ALTERAÇÃO DO ART. 421-A DO CÓDIGO CIVIL: ART. 7º**. In: **Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019**, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-20.1.

⁷⁰ FRADERA, Art. 7o: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil.

além da positivação do artigo 421-A.⁷¹ Em suma, foi extirpada do caput do artigo 421 a expressão "em razão", muito criticada pela doutrina, já que limitava de forma excessiva a liberdade de contratar dos particulares. Com efeito, as razões para a contratação não se esgotam na função social do contrato, já que existem várias outras.

Chama especial atenção a previsão do parágrafo único do artigo 421, o qual prescreve que "nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual". Esta é a mais clara tentativa de garantir maior intangibilidade dos contratos. Contudo, esta previsão convive com várias outras hipóteses que possibilitam a intervenção do julgador nos contratos:

Observe-se, ainda, que o Código Civil prevê, em vários artigos, a possibilidade de intervenção do julgador, o que vai de encontro ao denominado "princípio da intervenção mínima do Estado". O art. 113 determina que a interpretação dos negócios jurídicos deve ser feita de acordo com a boa-fé objetiva e os usos do lugar de sua celebração; o art. 187 veda o abuso de posição jurídica e conecta sua configuração ao fim econômico ou social, à boa-fé ou aos bons costumes; o art. 413 consagra a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal; o art. 421 prevê, em conjunto com o art. 2.035, a função social do contrato como limite à liberdade contratual; o art. 422 prevê a boa-fé objetiva como princípio aplicável à fase pré-negocial, negocial e pós-negocial; o art. 424 prevê a nulidade, nos contratos de adesão, das cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio; e o art. 473, parágrafo único, prevê a continuidade do vínculo contratual na hipótese de um dos contratantes haver realizado investimentos consideráveis; entre outros.⁷²

E como se verá adiante, a análise da resolução da relação contratual implica em um necessário exame concreto da relação pela julgador. Por certo que essa intervenção é necessária, mas buscou ser limitada pelo legislador ordinário. Contudo, os limites da intervenção judicial na resolução por inadimplemento também têm critérios postos legalmente, como será melhor detalhado em ponto subsequente.

⁷¹ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

⁷² LEONARDO; RODRIGUES JR.; PRADO. A LIBERDADE CONTRATUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – ALTERAÇÃO DO ART. 421-A DO CÓDIGO CIVIL: ART. 7º, p. RB-20.1.

Um dos objetivos deste trabalho é investigar se as reações teóricas e legislativas ao fenômeno da eticização jurídica e à funcionalização dos direitos, em especial com a Lei de Liberdade Econômica, podem explicar uma recente retração do instituto do adimplemento substancial no Brasil, como se explicará adiante.

3 RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR INADIMPLEMENTO E A FIGURA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ORIGEM E FUNDAMENTOS NORMATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR INADIMPLEMENTO

Apesar do fim da obrigação ser o adimplemento, entendido como a satisfação do interesse do credor,⁷³ ele pode ser frustrado por fatos supervenientes à celebração do contrato que atingem a eficácia da obrigação. Dentre eles, com efeito extintivo, está a resolução.

A resolução é um tipo de extinção da relação obrigacional decorrente do exercício voluntário do direito subjetivo de tipo formativo que tem como pressupostos, em suma, a existência de um contrato bilateral válido, a condição de não-inadimplência do credor que o exercita e o incumprimento definitivo do devedor.⁷⁴

Referida faculdade de resolver a relação contratual é direito subjetivo, pois trata-se de um poder de vontade atribuído a alguém pela ordem jurídica para o fim de satisfazer interesses.⁷⁵ Notadamente, satisfazer o interesse de extinguir a obrigação e, por consequência, exigir o restabelecimento do status quo ante e a possível condenação do devedor a indenizar as perdas e danos, se for o caso.

Chama-se de direito formativo por ser reacional, cujo exercício pode gerar, modificar ou extinguir relações jurídicas, tendo seus próprios pressupostos e sendo independente de um direito subjetivo fundamental.⁷⁶ O direito formativo de resolução

⁷³ SILVA, **A Obrigação como processo**.

⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p. 31.

⁷⁵ *Ibid.*, p.72, com base na doutrina de Del Vecchio e Pontes de Miranda.

⁷⁶ *Ibid.*, p.29, com base na doutrina de Roubier.

não é uma pretensão, "já que nada exige, apenas atua sobre o âmbito jurídico do outro",⁷⁷ sendo, por consequência, direito imprescritível.⁷⁸

O exercício do direito de resolução se dá por meio de um ato jurídico em sentido estrito. Conforme lição de Pontes de Miranda, trata-se da:

exteriorização de um fato psíquico sem o intuito de criação de negócio jurídico. É ex lege que lhes decorrem a juridicidade e a eficácia: a lei os faz jurídicos e lhes atribui efeitos, quer os tenha querido, ou não, as pessoas que os praticam.⁷⁹

Os efeitos da resolução são liberatórios tanto para credor quanto para o devedor, com função predominantemente preventiva.⁸⁰ Ademais, a resolução também gera uma nova relação, chamada de relação de liquidação, cuja finalidade é o restabelecimento da situação anterior ao contrato, com a restituição das prestações já pagas. Percebe-se como a eficácia é retroativa (*ex nunc*). Ainda, pode gerar o dever do devedor indenizar o credor pelos danos sofridos, se for o caso, conforme prescreve o artigo 475 do Código Civil.⁸¹⁻⁸²

Como bem sintetiza Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução pode ser classificada das seguintes formas:

A resolução pode ser: (a) quanto à fonte: legal ou convencional; (b) quanto ao procedimento: judicial ou extrajudicial; (c) quanto à extensão: total ou parcial; (d) quanto à causa: por incumprimento do devedor imputável ou não imputável, por incumprimento do credor e por modificação superveniente das circunstâncias (teoria da alteração da base do negócio, da onerosidade

⁷⁷ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p.30.

⁷⁸ O direito brasileiro também não estabeleceu prazo decadencial para o exercício do direito de resolução. Todavia, isso não significa que pode ser exercido a qualquer tempo. Se a pretensão de cobrança do direito de crédito inadimplido prescrever, o que significa que não pode mais ser cobrado pelo devedor, há o "encobrimento do elemento, inadimplemento, necessário ao suporte fático da resolução ou rescisão". MIRANDA, Francisco Pontes de, **Tratado de Direito Privado**, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 365.

⁷⁹ MIRANDA, Francisco Pontes de, **Tratado de Direito Privado**, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 133 e 134.

⁸⁰ É preventiva por resguardar "ao contratante não-inadimplente a possibilidade de não sofrer, além da injúria do incumprimento, ainda a iniquidade de ver a sua prestação, porventura já executada, restar no patrimônio do inadimplente". AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p. 50.

⁸¹ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

⁸² O contrato não deixa de existir com a resolução. "O Contrato continua existindo e serve de fundamento para a nova situação que se coloca, "de modo que a resolução é um momento, uma etapa no processo do contrato total, e determina o surgimento de uma nova fase, durante a qual serão acertados os pontos relativos à restituição e à indenização". AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p. 48.

excessiva ou da imprevisão); (e) quanto à legitimidade ativa: promovida pelo credor, pelo devedor ou por qualquer um deles; (f) quanto aos efeitos no tempo: ex nunc e ex tunc; (g) quanto aos efeitos no conteúdo: com indenização, havendo culpa, ou sem indenização.⁸³

Para além das hipóteses específicas previstas em lei, quando há cláusula de resolução expressa no contrato (resolução convencional), pode ocorrer a resolução de forma extrajudicial, isto é, sem a necessidade de ajuizamento de uma demanda resolutiva, conforme prescreve o artigo 474 do Código Civil.⁸⁴ Os efeitos da resolução se operariam de pleno direito, nos termos deste dispositivo.

Contudo, existindo ou não previsão contratual, "a regra do artigo 475 do Código Civil incide sobre todos os contratos bilaterais, autorizando o credor a pedir em juízo a resolução"⁸⁵ da relação, o que se chama de resolução legal. Se a cláusula resolutória expressa inexistir no contrato, o credor deve obrigatoriamente ajuizar a demanda para fazer atuar o seu direito formativo de resolução. Entretanto, mesmo que a cláusula tenha sido prevista, o credor pode optar por valer-se do meio judicial, para obter a declaração da resolução da relação obrigacional.

Destaca-se que a natureza da sentença difere nessas situações. Se a resolução tem como fonte a lei (cláusula resolutiva implícita), a sentença tem natureza constitutiva negativa. Se a resolução tem como fonte a convenção (cláusula resolutiva expressa), a decisão tem natureza declaratória da existência da resolução.⁸⁶

Como já mencionado, em síntese, são três as condições para o exercício do direito de resolução: **(i)** existência de contrato bilateral válido, **(ii)** o credor não ser inadimplente; **(iii)** o incumprimento definitivo da obrigação pelo devedor.

Quanto ao primeiro ponto **(i)**, apenas as obrigações derivadas de contratos bilaterais válidos podem sofrer os efeitos da resolução. Contrato bilateral é aquele em que há sinalagma, entendido como a reciprocidade, correspectividade e interdependência entre as prestações das partes.⁸⁷

Efetivamente, o fundamento da resolução é a "manutenção do equilíbrio das partes no contexto do contrato, com a equivalência entre as correspectivas

⁸³ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p. 54.

⁸⁴ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

⁸⁵ *Ibid.*, p.12.

⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p.34.

⁸⁷ Apesar das divergências doutrinárias, não se incluiriam, portanto, os contratos bilaterais imperfeitos e os unilaterais onerosos (como o mútuo). *Ibid.*, p.85.

prestações, a ser garantida também na fase funcional", expressão da justiça comutativa. Ou seja, o fundamento é manter o justo equilíbrio entre as partes.⁸⁸

Quanto ao segundo ponto **(ii)**, a não inadimplência do credor refere-se à situação em que a parte, como credora, não está em mora *creditoris*, ou que, como devedora, "já efetuou a sua prestação, sem ter recebido a contraprestação, ou está beneficiada por um prazo ainda não vencido ou vencido depois do inadimplemento da devedora".⁸⁹

Por fim, quanto ao último ponto **(iii)**, exige-se o incumprimento definitivo da obrigação. Trata-se do ponto mais espinhoso e controvertido na análise das condições para a resolução, já que nem sempre é fácil a identificação de uma situação de incumprimento deste tipo.

É premissa fundamental que o cumprimento da obrigação deve ser feito conforme o princípio da pontualidade e da boa-fé, conforme prescrevem os artigos 394 e 422 do Código Civil.⁹⁰ Assim, quando a obrigação não é cumprida no modo e tempos devidos, há incumprimento.

Contudo, há vários tipos de incumprimentos. Conforme bem sintetizado por Ruy Rosado de Aguiar, o incumprimento, quanto à causa, pode ser (1.1) imputável ou (1.2) inimputável; quanto aos efeitos pode ser (2.1) definitivo, se a prestação não puder mais ser efetuada (impossibilidade) ou exigida (modificação superveniente das circunstâncias); ou sendo possível e exigível, não tiver mais utilidade para o credor; (2.2) não definitivo, quando persistem a possibilidade, a exigibilidade e o interesse do credor; (2.3) por cumprimento defeituoso; quanto ao conteúdo da violação, pode ser (3.1) de obrigação principal, (3.2) de obrigação acessória ou de dever secundário de conduta; quanto ao interesse do credor, pode ser (4.1) sem impedir a satisfação do interesse do credor ou (4.2) sem a satisfação do credor.⁹¹

Como regra, a impossibilidade deve ser imputável ao devedor para possibilitar a resolução, já que se não o for, a extinção da relação é *ipso iuri*, ou seja, se dá por força da lei (arts. 234, 238, 248, 250 e 396, Código Civil⁹²). Contudo, nos casos de

⁸⁸ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p.16.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 166.

⁹⁰ Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

⁹¹ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p.94.

⁹² Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

impossibilidade superveniente parcial, de impossibilidade temporária, de demora, mora⁹³ ou do cumprimento imperfeito pode ocorrer a resolução sem a culpa do devedor. Nesses casos, todavia, faz-se necessário que haja a perda do interesse do credor.

O problema central está especialmente em determinar quando a falta de uma prestação ainda possível assume a condição de incumprimento definitivo, por perda de interesse do credor:

O incumprimento, requisito da resolução, é apenas o “incumprimento definitivo”, originário de impossibilidade superveniente, total, absoluta ou relativa, imputável ao devedor, ou resultante da perda do interesse do credor em receber uma prestação ainda possível, mas que não foi efetuada ou foi malfeita por impossibilidade parcial ou temporária, por cumprimento imperfeito ou pela mora.⁹⁴

Para ser definitivo, o incumprimento deve provocar a inutilidade da prestação para o credor: a perda do interesse do credor. Não é qualquer tipo de mora que possibilita o exercício do direito de resolver a relação contratual, mas a mora qualificada:

É pacífico que a simples mora não é causa de resolução, e isso porque a própria lei somente permite ao credor enjeitar a prestação ofertada após o vencimento e a constituição da mora, se essa prestação se mostrar inútil (art. 395, parágrafo único, do Código Civil). A mora que permite a resolução é somente a “mora qualificada”. A demora sempre ocasionará a mora qualificada quando o negócio for a “termo essencial”, em que a prestação deve ser cumprida necessariamente em certa data, depois da qual não terá como satisfazer o interesse do credor.⁹⁵

Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

⁹³ A demora é quando há retardo no cumprimento da prestação nos modos convencionados e se houver culpa chama-se de mora. Ambas podem resultar na resolução do contrato se houver a perda do interesse do credor. Portanto, “a culpa do devedor não é elemento essencial à resolução por incumprimento, mas apenas para o deferimento da indenização por perdas e danos”. *Ibid.* p.272.

⁹⁴ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p.95.

⁹⁵ *Ibid.*, p120.

Como explica Martins-Costa, para a resolução exige-se um incumprimento "revestido por «gravidade» ou «importância», atingindo irremediavelmente a utilidade que o contrato teria para o credor (...) e, assim, ferindo o programa contratual".⁹⁶

Como se verá, o adimplemento substancial de uma obrigação significa que o incumprimento não implicou em uma violação fundamental do contrato, o que obsta o exercício de resolução pelo credor. A dificuldade reside em avaliar a importância e gravidade do incumprimento e quando ele torna-se definitivo, isto é, definir quais são os critérios de "mensuração dessa «importância» (também dita «gravidade») do inadimplemento",⁹⁷ possibilitando a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

3.2 A ORIGEM DO INSTITUTO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial tem como origem o direito anglo-saxão, aparecendo pela primeira vez nas Cortes de Equity no século XVIII.⁹⁸ Trata-se de verdadeira construção do direito inglês. Originalmente chamada de *substancial performance*,⁹⁹ ela foi uma reação à possibilidade de resolução contratual incondicionada, mesmo nos casos em que o devedor tivesse cumprido a obrigação em sua quase totalidade. Percebeu-se, assim, uma desproporcionalidade injusta, uma imoderação no poder de resolução do contrato, constituindo a *substancial performance* espécie de remédio aos abusos dessa posição jurídica.

Contudo, como explica Antonio Carlos Ferreira, na Inglaterra, desde o aparecimento da teoria, ela é usada com muita cautela e apenas excepcionalmente.¹⁰⁰ Em homenagem ao princípio reitor dos contratos e do direito obrigacional do *pacta*

⁹⁶ MARTINS-COSTA, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.747.

⁹⁷ *Ibid.*, p.748.

⁹⁸ FERREIRA, Antonio Carlos, A INTERPRETAÇÃO DA DOCTRINA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL, **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 18, n. Jan-Mar / 2019, p. 35–60, . A doutrina indica que a primeira vez em que essa diferenciação foi feita foi no caso Boone vs Eyre, julgado em 1779: "O demandante, Boone, obrigara-se a transferir ao demandado, Eyre, a propriedade de uma plantação nas Antilhas, com os escravos que ali viviam. Garantia ao adquirente seu domínio e posse-pacíficos. Em contrapartida (consideration), Eyre obrigara-se a pagar-lhe 500 libras e uma renda anual de 160 libras. Em juízo, Boone cobrava-lhe o pagamento de 400 libras de renda atrasada e Eyre alegava que Boone não havia executado a obrigação de garantir-lhe o domínio sobre os bens alienados, pois a plantação lhe pertencia por hora da conclusão do contrato, mas não mais os escravos. Lord Mansfield entendeu que esta inexecução não dispensava o comprador da obrigação de pagar o preço e a ação foi julgada procedente". BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, p. 61.

⁹⁹ TEPEDINO; SCHREIBER, Fundamentos do Direito Civil: Obrigações.

¹⁰⁰ FERREIRA, A INTERPRETAÇÃO DA DOCTRINA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

sunt servanda, sempre se reconheceu que a regra é o dever de se cumprir estritamente os contratos, nos exatos termos pactuados. Apesar da *substantial performance* ser uma figura que flexibiliza essa regra, ela não poderia banalizar o rigor do direito contratual e a segurança jurídica.

A *substantial performance* foi criada com fundamento na diferenciação entre dois tipos de prestação: a *condition* (obrigações dependentes) e a *warranty* (obrigações independentes).¹⁰¹ A resolução só caberia com o descumprimento da *condition*, que eram prestações interdependentes com as obrigações da outra parte contratante. O descumprimento da *warranty*, que são independentes porque autônomos das obrigações da contraparte, só permitiria a indenização e não a resolução. Assim, um inadimplemento de menor importância de uma prestação *warranty* poderia abrir a possibilidade de aplicação da *substantial performance*, limitando o poder de resolução do contrato.

Atualmente, porém, na Inglaterra, a aplicação da teoria do adimplemento substancial não está mais vinculada àquela diferenciação. O foco é a avaliação da gravidade objetiva do inadimplemento e se houve ou não a satisfação das obrigações pactuadas, mesmo com sua execução imperfeita. Antonio Carlos Ferreira aponta que a doutrina desenvolveu três requisitos para admitir a aplicação da *substantial performance*:

- 1) insignificância do inadimplemento; 2) satisfação do interesse do credor; e
- 3) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente.¹⁰²

Acompanhando o desenvolvimento inglês, a figura do adimplemento substancial também é prevista em várias codificações de Civil Law,¹⁰³ como da Itália e da Alemanha. Além disso, foi positivada na Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias, nos artigos 49 e 64, a “violação fundamental do contrato”, expressão sobre a qual dispõe o artigo 25 da Convenção, como sendo aquela violação que:

¹⁰¹ BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, p. 61.

¹⁰² FERREIRA, A INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. p. 38-40.

¹⁰³ TEPEDINO; SCHREIBER, **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**, p. 336-338.

causa à outra parte um prejuízo tal que prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu este resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto.

Acontece que no Brasil não há previsão legal da teoria do adimplemento substancial, nem mesmo no Código Civil de 2002. Com efeito, a teoria foi recepcionada no país pela doutrina e jurisprudência, que reconheceram como seu fundamento normativo a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Todavia, como adverte Antonio Carlos Ferreira, não se pode incorrer no erro comum de vincular o desenvolvimento histórico anglo-saxão da teoria com a boa-fé objetiva: “Não se pode, desse modo, aplicar a noção criada pelos ingleses sem que se considere seu contexto histórico e sua visão restritiva”.¹⁰⁴ Para perceber esse erro basta notar que a substancial performance é uma doutrina do século XVIII, enquanto a cláusula da boa-fé objetiva surge na Alemanha na segunda metade do século XIX.

E percebemos aqui um dos efeitos produzidos pela boa-fé objetiva, que é aproximar a *common law* da *civil law*, apontado por Judith Martins-Costa.¹⁰⁵

Por trata-se de um *legal transplant*, isto é, a importação de uma teoria que não é natural para o sistema brasileiro, exige-se que sejam tomadas as preocupações da figura ser adaptada às peculiaridades do direito privado brasileiro e ao nosso contexto de “dificuldades quanto ao *enforcement* das obrigações em um sistema judicial de baixa eficácia do processo executivo”.¹⁰⁶

3.3 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO NORMATIVO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E CONSTRUÇÃO NORMATIVA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL

¹⁰⁴ FERREIRA, A INTERPRETAÇÃO DA DOCTRINA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL, p.40.

¹⁰⁵ “As cláusulas gerais aproximaram o sistema da *civil law* ao do *common law* em razão dos resultados práticos alcançados, apesar das distâncias entre fontes, métodos e estruturas que separam os dois sistemas jurídicos”. MARTINS-COSTA, Judith M. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, p.139.

¹⁰⁶ FERREIRA NETO, Ermiro, TUTELA DO INTERESSE DO CREDOR E BOA-FÉ OBJETIVA DO DEVEDOR NO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 30, p. 105–128, 2022.

A porta de entrada da teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro é a cláusula da boa-fé objetiva, notadamente no âmbito da sua função de vedação do exercício abusivo de posição jurídica.

Como destacado acima, a compreensão de como o adimplemento substancial se insere no direito civil brasileiro só é possível se entendido no contexto dos grandes temas do moderno direito das Obrigações: o instituto tem como pressupostos a ideia de obrigação como processo, o fenômeno da eticização jurídica (especialmente com o princípio da boa-fé objetiva), a funcionalização dos direitos (com a limitação do abuso do direito) e a teoria da causa como função econômico-social do contrato.¹⁰⁷

A doutrina aponta para a cláusula geral da boa-fé objetiva, extraída de forma geral do art. 422 do CC,¹⁰⁸ e de maneira específica quanto ao abuso de direito do art.187 do CC¹⁰⁹ como o fundamento jurídico da teoria do adimplemento substancial no Brasil: “Pelos dois caminhos hermenêuticos, se tem chegado à conclusão de que resolução contratual na hipótese de adimplemento substancial não seria admitida”.¹¹⁰

Quando há desproporção entre a conduta do devedor e o conteúdo da prestação devida, mas em extensão de pouca monta e que não prejudica o interesse das partes, considerando a obrigação na sua totalidade, então o desfazimento do negócio, ainda que permitido nos moldes da legislação material brasileira, representaria um comportamento violador da boa-fé objetiva e da lealdade entre as partes.

¹⁰⁷ “Por isto mesmo a sua aplicação supõe a prévia compreensão da relação obrigacional como uma “ordem de cooperação entre as partes” e não mais como uma rígida polarização entre credor e devedor, tidos como antagonistas no jogo social. Pressupõe, bem assim, a clara compreensão dos modos de atuar do princípio da boa fé objetiva, principalmente em sua feição limitadora do exercício de poderes jurídicos e criadora de deveres de conduta, anexos aos deveres principais que decorrem da relação obrigacional concretamente considerada. Tais fatores conduzirão, por seu turno, a que o juiz, não mais um mero “aplicador” da lei estratificada, avalie a possível insignificância do descumprimento de certa obrigação, em face da função econômico-social perseguida pelo contrato como sua causa, considerando, ao par dos interesses do credor, também os interesses do devedor, de forma a protegê-lo contra eventuais abusos do credor”. BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, p. 60-71.

¹⁰⁸ Art. 422. CC. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁰⁹ Art. 187. CC. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹¹⁰ FERREIRA NETO, TUTELA DO INTERESSE DO CREDOR E BOA-FÉ OBJETIVA DO DEVEDOR NO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, p.111-113.

Importante destacar que além do interesse do credor, deve-se tutelar também o interesse do devedor, o que pode significar que em determinados casos, a manutenção da relação obrigacional e do contrato seja a solução mais justa.

Claro é que se trata do sopesamento dos bens e interesses contrapostos do devedor e do credor, como explica Judith Martins-Costa:

O que se observa no exame dos casos concretos já julgados pela jurisprudência brasileira, é que a doutrina do adimplemento substancial sinaliza uma ponderação de bens, de interesses jurídicos: entre o interesse do credor em ver cumprida a prestação exatamente como pactuada, e o interesse do devedor de evitar o drástico remédio resolutivo, prevalece o segundo.¹¹¹

A importação da teoria do adimplemento substancial do direito estrangeiro revela a importante utilidade da cláusula geral da boa-fé objetiva, como abertura para inovação do ordenamento jurídico e para a mobilidade desses novos elementos no ordenamento. Como explica Judith Martins Costa, as cláusulas-gerais são normas que possibilitam a complementação entre a tópica e o sistema. Permitem a introdução de elementos extrassistemáticos ou intersistemáticos ao sistema, e a sua acomodação progressiva, com contínua ressignificação, e a lenta ressistematização dos novos elementos.

Ou seja, há uma riqueza operacional que envolve as cláusulas-gerais, e especialmente a da boa-fé objetiva. Destaca-se que estas operações implicam na atuação ativa da jurisprudência e da doutrina. Inovação e ressistematização acontecem lentamente por meio da casuística e da estabilização, em um processo de criação e de decantação:

O processo é: abertura, assistematização, mobilidade, ressistematização, inclusive pela criação de institutos. Esses movimentos acabam por desembocar na função de estabilização. (...) Por outro lado, a mesma noção permitiu o ingresso no Ordenamento brasileiro de institutos, como o inadimplemento antecipado, e o adimplemento substancial, bem como a formulação de deveres (ou ônus jurídico) como o imposto ao credor, em certos casos, de mitigar o seu próprio prejuízo. Primeiramente, as decisões foram casuísticas. Algumas nem sequer «etiquetavam» o instituto ou o dever. Progressivamente, foram sendo reconduzidas aos enunciados legais, que atuavam como elementos de sua ancoragem no sistema. Uma vez referido

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé e o adimplemento das obrigações, **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 25, p. 265.

às cláusulas gerais, o acomodamento dessas soluções ao sistema se pode processar com maior facilidade e segurança.¹¹²

A formação de novos institutos, como o do adimplemento substancial, não é possível sem as cláusulas-gerais. Como ocorreu no Brasil, e em outros países de *Civil Law*, essa teoria tem fundamento normativo nas construções derivadas da noção da boa-fé objetiva, em processos de ressystematização e ressignificação de institutos já existentes. Em razão da característica casuística dessas operações, a compreensão de qual domínio de casos a teoria é aplicada é fundamental, além da centralidade que tomam os precedentes, que são o ponto de partida do operador jurídico:

Como o Direito dificilmente se modifica por saltos bruscos – antes operando num desenvolvimento contínuo – é fundamental a conexão entre os novos casos e os precedentes (ainda que destituídos de valor vinculativo) para permitir a continuidade do desenvolvimento em bases mínimas de controlabilidade, previsibilidade e segurança.¹¹³

A doutrina também traz como fundamento normativo para embasar a aplicação do adimplemento substancial os dispositivos que disciplinam os efeitos do inadimplemento absoluto e do inadimplemento relativo no Código Civil, conjugando-os com o princípio da boa-fé objetiva.¹¹⁴

Os dispositivos do Código Civil de 2002 que possibilitam a recepção da teoria seriam o artigo 475, lido em conjunto com os artigos 394, caput, 395, parágrafo único e 389.¹¹⁵

Ora, determina o artigo 475 que "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento (...)". A definição do que seria inadimplemento apto a ensejar a resolução, contudo, é trazido

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.179.

¹¹³ "Como o Direito dificilmente se modifica por saltos bruscos – antes operando num desenvolvimento contínuo – é fundamental a conexão entre os novos casos e os precedentes (ainda que destituídos de valor vinculativo) para permitir a continuidade do desenvolvimento em bases mínimas de controlabilidade, previsibilidade e segurança". MARTINS-COSTA, Judith M, **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.185.

¹¹⁴ BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**.

¹¹⁵ Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 395. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

pelos artigos 394, caput, e 395, parágrafo único. Primeiramente, considera-se em mora "o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer" (art. 394, caput). Ainda, no caso de, "devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la" (artigo 395, parágrafo único).

Ou seja, desses dispositivos é possível extrair o entendimento de que o inadimplemento que possibilita a resolução está pautado no critério da utilidade. O contrato pode ser resolvido quando torna-se inútil a prestação. Apenas quando configurado o inadimplemento definitivo (reforça-se: a prestação tornar-se inútil) seria possível a resolução do contrato, conforme possibilitada pelo artigo 475. Por outro lado, existindo utilidade da prestação (fala-se aqui no caso de ser adimplida substancialmente), então seria aplicável o artigo 389: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos (...)".

Mesmo assim, evidente que essa interpretação exige uma leitura conjunta dos dispositivos normativos da boa-fé objetiva, em especial da limitação ao exercício abusivo dos direitos.¹¹⁶

3.4 ACOLHIMENTO DA TEORIA PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: EM BUSCA DOS CRITÉRIOS PARA VERIFICAÇÃO DA GRAVIDADE DO INCUMPRIMENTO

A teoria do adimplemento substancial aparece inicialmente no cenário brasileiro na doutrina, nomeadamente, como detalhado por Judith Martins Costa, nas teorizações do professor da UFRS, Clóvis do Couto e Silva.¹¹⁷ Para este, o adimplemento substancial já era pensado na vinculação com a norma da boa-fé objetiva e nas discussões da obrigação como um processo tendente ao adimplemento satisfatório.

Na jurisprudência, acompanhando a influência daquele mestre, temos os primeiros casos e precedentes acolhendo a teoria no Tribunal de Justiça do Rio

¹¹⁶ "(...) é possível que a decisão se dê para além do que estava programado ou mesmo em contrário a algum preceito expresso, que assim é reelaborado ou desconsiderado, face à atuação prevalente do princípio". BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, p.69.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.758.

Grande do Sul, especialmente por um dos alunos mais brilhantes de Couto e Silva que é Ruy Rosado de Aguiar Júnior, responsável também por levar o adimplemento substancial para o contexto nacional quando foi ministro do Superior Tribunal de Justiça.¹¹⁸

Doutrina e jurisprudência são as fontes que delineiam os *standards* para a aplicação das figuras normativas abertas, como a do adimplemento substancial. Neste tópico serão apresentados os critérios pensados pela doutrina e no tópico subsequente se analisará quais critérios são utilizados pelo STJ.

A doutrina tem se dedicado a pensar em critérios para uma aplicação sistematizada e razoável do adimplemento substancial. A dificuldade de se definir quando o inadimplemento compromete ou não os interesses de devedor e credor e justificam a resolução do contrato suscita nos estudiosos do direito a busca de requisitos para conferir maior justiça e um guia para os tribunais, na busca de se garantir maior segurança jurídica.

Não há e nem deve haver fórmula pré-definida e fixa para identificar se um inadimplemento é fundamental ou não. A análise se dá casualmente, com a verificação das particularidades da relação obrigacional, os comportamentos das partes e se a causa do negócio foi atendida.

Ou seja, a aplicação da teoria do adimplemento substancial depende essencialmente do "alargamento dos limites do poder judicial na apreciação do caso concreto".¹¹⁹

Conforme destacado anteriormente, por exigir a análise concreta da relação jurídica, do comportamento das partes e da causa do contrato, há uma insuficiência do raciocínio lógico-subsuntivo nesse exame. Entende-se que apenas o método de aplicação pela concreção seria suficiente para empregar a teoria do adimplemento substancial.¹²⁰ Isso porque a análise dos comportamentos e do sopesamento do grau de inadimplemento com o grau de satisfação da obrigação exige a comparação com parâmetros, os chamados *standard*.

Em linha próxima, defende Martins-Costa que "a resposta será, pois, alcançada topicamente, atuando a boa-fé como o topos que possibilita a solução do

¹¹⁸ FERREIRA, A INTERPRETAÇÃO DA DOCTRINA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL, p.40.

¹¹⁹ BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, p. 63.

¹²⁰ *Ibid.*

problema", e mais especificamente o topos da inutilidade da prestação para o credor.¹²¹

Conforme visto, uma das condições para a resolução é o inadimplemento definitivo da obrigação. E para saber se o incumprimento atingiu essa "gravidade", deve-se analisar se "a prestação possível não significa o cumprimento substancial da obrigação".¹²²

Sabemos que nosso ordenamento jurídico não qualificou expressamente o que seria um cumprimento substancial, então "devemos encontrar em outros pontos do ordenamento as regras orientadoras para a qualificação desse inadimplemento. Esses paradigmas estão clara e suficientemente expostos nos artigos 394, 395, parágrafo único, e 389 do Código Civil".¹²³ Em suma, o central é identificar se a prestação tornou-se inútil ao credor, isto é, se o inadimplemento violou gravemente o interesse do credor.

Ao se analisar o interesse do credor, devem ser considerados aspectos objetivos e subjetivos: objetivamente, os interesses que derivam da natureza do contrato e do programa contratual celebrado; subjetivamente, os interesses que dizem respeito à necessidade e à expectativa do credor:

"Interesse" é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência; daí dizer-se que o credor está "interessado" na prestação do credor. É preciso, portanto, estabelecer em que consiste o interesse a que a prestação está ligada. Certamente, é o que decorre do próprio sinalagma, em que existem prestações correspectivas em equivalência, podendo ser objetivamente estabelecido que interesse a prestação prometida iria satisfazer, de acordo com a sua natureza e a experiência comum. 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 de o credor receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa e a tipicidade do contrato (...).¹²⁴

Assim, tanto a vontade das partes quanto os interesses subjetivos "objetivamente detectáveis à luz do programa contratual"¹²⁵ e do sinalagma são relevantes, conforme também destaca Judith Martins Costa:

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.207.

¹²² AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p.101.

¹²³ *Ibid.*, p.131.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 132.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.753.

Vincula-se, pois, ao quadro contratual concretamente considerado, isto é: não apenas o tipo contratual tomado in abstracto ou o tipo de prestação afetada pelo descumprimento, mas o inteiro conjunto contratual em suas circunstâncias. Cabe ao intérprete, na mensuração da gravidade do inadimplemento, compor dados de dupla ordem: de um lado, os «elementos objetivos» fornecidos pela regulação contratual, extraídos da natureza da prestação; de outro, os «elementos subjetivos», que residem na necessidade que tem o credor, «em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa. Não os motivos ou desejos que eventualmente o animavam, mas a expectativa resultante dos dados fornecidos pelo contrato, por isso, legítima».¹²⁶

Além desses elementos, o comportamento das partes deve ser examinado segundo o filtro da boa-fé objetiva, sendo esta uma ferramenta que auxilia a aferição da utilidade da prestação e do exercício do direito de resolução pelo credor. Esse aspecto é ressaltado por Ruy Rosado do Aguiar Júnior:

Também oportuno, para essa avaliação judicial, o exame da conduta das partes em relação ao cumprimento, a fim de aferir-se o ânimo do devedor (e também do credor) quanto ao cumprimento efetivo e pontual do contrato. Interessa saber se o devedor deixou escoar sucessivos prazos sem adotar providências úteis; não tomou as precauções necessárias que o caso recomendava; evidenciou a ausência de condições para o cumprimento. De sua parte, o credor pode ter colaborado, conscientemente ou não, para a inadimplência, omitindo-se em fornecer documento ou informações, dificultando de qualquer modo o pagamento ou a quitação, exigindo acréscimos indevidos, recusando inflexivelmente opções de cumprimento propostas pelo devedor etc. (...) Para a avaliação, não será considerada apenas a quantidade ou a qualidade do cumprimento imperfeito ou moroso, com o que ele passará do grau do simples inadimplemento para o nível da resolução. A consideração deve ser compreensiva da globalidade do contrato, nas fases genética e funcional, atendendo a cláusulas, prestações, expectativas e comportamentos.¹²⁷

Por fim, quando o próprio contrato prever causas para a resolução (resolução convencional), estas devem ser respeitadas e consideradas na avaliação da inutilidade. Apesar das opiniões doutrinárias em contrário, o adimplemento substancial pode ser aplicado tanto na resolução legal (implícita), quanto na resolução convencional (expressa).¹²⁸

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p. 753 e 754.

¹²⁷ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p. 133 e 134.

¹²⁸ Para Ermino Neto, por exemplo, o adimplemento substancial só se aplicaria nas cláusulas de resolução expressa, já que a resolução legal já tem os limites impostos legalmente: "Por força deste limite, é forçoso concluir que o locus específico para a aplicação do adimplemento substancial no Brasil não reside no bloqueio do poder resolutorio em geral, para qualquer descumprimento contratual, mas sim no poder resolutorio que se baseie em uma cláusula resolutoria expressa". FERREIRA NETO,

Contudo, na resolução convencional exige-se que o juiz analise se as causas voluntariamente previstas para a resolução são ou não insignificantes, à luz do princípio da boa-fé objetiva. A cláusula resolutiva expressa passa por uma análise de validade, que envolve a exigência da gravidade do inadimplemento:

(...) cabe ao juiz examinar a defesa do devedor quanto aos pressupostos e efeitos da resolução, inclusive a validade da cláusula resolutiva, à luz do princípio da boa-fé objetiva, podendo afastá-la quando revelar desvantagem exagerada para uma das partes, ocorrência frequente nos contratos de adesão, ou modificar as disposições sobre seus efeitos. Assim, pode rejeitar a aplicação da cláusula resolutiva quando houver o adimplemento substancial, ou quando o inadimplemento é de prestação acessória. Também pode julgar nula a de decaimento ou diminuir a perda das prestações pagas, fazendo incidir a cláusula geral do art. 413 do Código Civil, que autoriza o juiz a reduzir a pena pelo descumprimento quando manifestamente excessiva. A cláusula resolutiva expressa, assim como a do termo essencial, quando inseridas em contrato de adesão, somente podem ser aceitas pelo juiz se atenderem a determinados princípios, como o da igualdade (p. ex.: a mesma consequência está prevista também para o inadimplemento da estipulante?) e o da exigência da gravidade do descumprimento (p. ex.: a falta é suficientemente grave para que se extinga o contrato?). Especial deve ser a cautela quando se tratar de deferir medida judicial que implicar liminarmente a perda da posse, cuja execução significará, na prática, o desfazimento da relação. O controle do juiz, presente nos casos de resolução judicial, também deve ser feito sobre o contrato que prevê a cláusula resolutória, e aí até com mais razão, pois ordinariamente existe para o benefício exclusivo do estipulante.¹²⁹

Já nos casos de resolução legal, o foco é o topos da inutilidade da prestação:

Nesse sistema, incumbe ao juiz apreciar o comportamento das partes no contexto global do contrato, desde as tratativas; identificar o ponto de equilíbrio entre as prestações correspectivas e interdependentes, à vista do princípio da equivalência, que deve ser preservado não só na fase genética, mas também na funcional; determinar as características e as finalidades do contrato, de acordo com os elementos objetivamente fixados; determinar, se for o caso, as regras de cuidado e de diligência que deveriam ter sido obedecidas, nas circunstâncias; estabelecer os deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva; ponderar entre a substancialidade do adimplemento, que satisfaz o credor e impede a resolução, e a gravidade do incumprimento, com violação fundamental do contrato, que leva à sua extinção; avaliar, na perspectiva do interesse do credor, quando a prestação se tornou inútil para ele, incapaz de satisfazer substancialmente à sua legítima expectativa, deixando de alcançar o escopo objetivamente previsto no contrato; medir o interesse econômico expresso no negócio e pensá-lo também como um fator metajurídico relevante, subordinado ao interesse

comum; finalmente, decidir de acordo com a equidade, os princípios da justiça comutativa e da boa-fé, que a todos impõem deveres éticos inafastáveis.¹³⁰

Buscar o equilíbrio de interesses das partes e determinar se há uma desproporção entre o descumprimento do contrato e a função que as partes a ele imprimiram é questão muito complexa. A doutrina propõe alguns critérios:

Alguns critérios são apontados pela doutrina nacional para se perquirir a existência ou não do adimplemento substancial, quais sejam: i) o grau de satisfação do interesse do credor, ou seja, a prestação imperfeita deve satisfazer seu interesse; ii) comparação entre o valor da parcela descumprida com o valor do bem ou do contrato; iii) o esforço e diligência do devedor em adimplir integralmente; iv) a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspectivas; v) a existência de outros remédios capazes de atender ao interesse do credor com efeitos menos gravosos ao devedor; e vi) ponderação entre a utilidade da extinção da relação jurídica obrigacional e o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução.¹³¹

Judith Martins-Costa também aponta para critérios de aplicação da figura do adimplemento substancial:

São requisitos: (i) a existência de prestações diferidas e parceladas no tempo; (ii) o cumprimento muito próximo do resultado final planejado pelo contrato; (iii) a pouca gravidade desse cumprimento parcial em face da utilidade visada pelo contrato; e (iv) a inexistência de vedação legal ao cumprimento parcial, ou atribua-lhe outras consequências.¹³²

Destaca-se que a doutrina já reputou insignificante uma análise apenas quantitativa do inadimplemento na avaliação do adimplemento substancial, conforme destacou Larenz, citado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

¹³⁰ AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p.56.

¹³¹ PRADO, Augusto César Lukascheck, Adimplemento substancial: fundamento e critérios de aplicação, **Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 9, p. 373–407, 2016, p. 385.

¹³² MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.761-763.

Há o incumprimento definitivo quando a prestação resultar economicamente distinta. A prestação incompleta, efetuada em quantidade menor do que a prevista, deve ser examinada em proporção ao valor total do negócio que se pretende extinguir e em relação à própria natureza da prestação, em vista do interesse do credor. A falta de duas peças principais, num jogo de mesa, entre dezenas, pode justificar o desinteresse do credor, enquanto a falta de 30% do pagamento do preço, em obrigação de dinheiro, não afeta substancialmente esse mesmo interesse, que fica protegido pela via da execução.¹³³

Portanto, em síntese, a doutrina propõe que a configuração do adimplemento substancial envolve a avaliação dos **(i)** interesses objetivos do contrato e do equilíbrio das prestações correspectivas; **(ii)** interesses subjetivos das partes; **(iii)** o comportamento do credor e do devedor, à luz dos ditames da boa-fé objetiva; e **(iv)**, no caso de resolução convencional, a validade da cláusula resolutória expressa.

Importante mencionar que a discussão sobre o método de aplicação do adimplemento substancial, pautado no topos da inutilidade e da boa-fé objetiva, toca a própria noção de segurança jurídica. Ao se alargar o poder decisório dos juízes, a cláusula da boa-fé objetiva, e as figuras que tenham substrato nela – como é o caso da teoria do adimplemento substancial – traz riscos e oportunidades para a segurança jurídica, tanto das partes individualmente consideradas, quanto de toda a sociedade.

Totalmente razoável a posição de parte da doutrina que entende que a figura do adimplemento substancial, quando aplicada adequadamente, não viola, mas prestigia a segurança jurídica. O fundamento desse entendimento está relacionado com a manutenção das relações jurídicas e na quebra das expectativas dos devedores, além de impedir o enriquecimento ilícito do credor.¹³⁴

Ora, quando o devedor inadimpliu o contrato em pequena monta e agiu de forma leal e honesta, ao mesmo tempo que os interesses do credor foram satisfeitos, a possibilidade da resolução do contrato traz mais insegurança ao devedor, tornando

¹³³ LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. **Revista de Derecho Privado**, vol. I, p.303, citado por AGUIAR JÚNIOR, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**, p. 133.

¹³⁴ “Se por um lado alguns poderiam afirmar que a teoria obsta a resolução dos contratos, este argumento não prospera se nos atentarmos aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Admitir-se a resolução, nesses casos, importaria rompimento a tais princípios, abalando, ainda, a própria segurança jurídica. Ferir a função social dos contratos e a boa-fé objetiva também significa inadimplemento do contrato. Além disso, a teoria do adimplemento substancial também prestigia o princípio da conservação dos contratos porque obsta que a resolução ocorra havendo um inadimplemento pequeno frente à prestação da obrigação”. GOMIDE, Alexandre Junqueira, *A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica*, 2014.

a relação mais instável. Os riscos naturalmente existem no desenvolvimento das relações jurídicas, afetando a sua estabilidade.¹³⁵

Assim, sem a teoria do adimplemento substancial, uma resolução abusiva não seria remediada. O sistema não possibilitaria uma forma de mitigar um risco que afeta a estabilidade das relações jurídicas.

A segurança jurídica refere-se à certeza e estabilidade das normas e relações jurídicas em uma sociedade. Ela garante que os cidadãos possam prever e confiar nas consequências jurídicas de suas ações, proporcionando estabilidade e confiança no sistema legal.

Nesse contexto, por óbvio, a lógica de que as obrigações devem ser cumpridas integralmente é um elemento essencial para a segurança jurídica. As obrigações são impostas às pessoas através de leis, contratos ou outras fontes normativas. Apenas quando elas são sistematicamente cumpridas é que a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas são fortalecidas, pois as partes envolvidas podem confiar que seus direitos serão respeitados e suas obrigações serão honradas.

Por outro lado, se as obrigações não forem cumpridas de maneira consistente, a segurança jurídica é prejudicada. Assim, uma aplicação da figura do adimplemento substancial que não seja excepcional inverte a lógica das obrigações e prejudica a estabilidade das relações jurídicas.

Com essa preocupação em consideração, parte da doutrina propõe como critério de aplicação do adimplemento substancial, além da exigência de um comportamento probo e leal do devedor – o qual deveria demonstrar que tentou honrar com suas prestações –, a exigência de que o devedor provasse que teria a capacidade e possibilidade de pagar a indenização ao credor, para que pudesse limitar a resolução do contrato.

Afinal, um dos pressupostos da limitação do direito de resolver uma obrigação seria a subsistência do direito do credor de ressarcir-se dos prejuízos decorrentes do

¹³⁵ “A resolução determina a restituição, por cada das partes, daquilo que havia recebido por força do negócio jurídico ora resolvido. Muitas vezes, entretanto, como demonstra a experiência jurídica anglo-americana, a restituição da prestação incompleta que, ainda assim, satisfaz ao credor, de nenhuma utilidade é para aquele que a prestou, fazendo-o, então, perder o material e o trabalho nela empregados. Em outros casos, a restituição é de tal forma desvalorizada em relação ao devedor que, se comparada ao que devolve para o credor, representa enriquecimento sem causa deste”. BECKER, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, p. 70.

inadimplemento. Se o direito de ser indenizado não é efetivo, entendem que não se poderia aplicar a figura adimplemento substancial.

Essa linha é adotada por Ermino Ferreira Neto, para quem é possível extrair a partir de uma leitura sistemática do Código de Processo Civil e do Código Civil a exigência de que o devedor comprove a possibilidade de indenizar efetivamente o credor pelo inadimplemento, para possibilitar a não resolução do contrato.¹³⁶

Em primeiro lugar, ele defende que a cláusula da boa-fé objetiva não deve servir apenas para analisar o comportamento do credor – se está a exercer abusivamente seu direito de resolução ou não – mas, sobretudo, para analisar o comportamento do devedor:

A omissão quanto à análise do comportamento do devedor para fins de aplicação da teoria do adimplemento substancial não é compatível com os próprios fundamentos da construção doutrinária e jurisprudencial, seja na sua origem no sistema da Common Law, seja mesmo na experiência brasileira (...). A harmonização desta submissão por parte do credor está em igualmente sujeitar o devedor ao mesmo padrão de comportamento que se exige da outra parte do contrato. Em vista disso, parece claro que a aplicação da teoria do adimplemento substancial não exige apenas um pressuposto matemático, baseado no percentual inadimplido da obrigação; antes disso, e de modo mais importante, deverá ter em conta se o comportamento do devedor permite à ordem jurídica atribuir-lhe um tal benefício, que rompe o elo mais importante do processo obrigacional, que é o dever de cumprir com perfeição as obrigações contratadas.¹³⁷

Ademais, o artigo 477 do CC prescreve que o credor pode "recusar-se à prestação que lhe incumbe", até que o devedor "dê garantia bastante" de que cumprirá com a sua parte, se "depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou". Em complemento, o artigo 774 do CPC prevê a ilicitude do ato da parte que "não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores".

Apesar das críticas sensatas sobre a aplicação do dispositivo relativo ao processo de execução para o processo de conhecimento, para Ermino Neto, a partir dos referidos artigos, conjugados a uma leitura da cláusula da boa-fé objetiva e da noção do equilíbrio entre as partes, o credor deveria ter a prerrogativa de exigir a

¹³⁶ FERREIRA NETO, TUTELA DO INTERESSE DO CREDOR E BOA-FÉ OBJETIVA DO DEVEDOR NO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

¹³⁷ *Ibid.*.

garantia de que os prejuízos decorrentes da indenização serão indenizados, no caso do devedor arguir a defesa de adimplemento substancial. Todavia, esse critério não é adotado pelo STJ ao aplicar o instituto.

A defesa suscitada pelo devedor com base neste fundamento deve se fazer acompanhar da indicação de meios efetivos para saldar o débito (...) A se tomar a boa-fé como fundamento para a proteção também do credor, a conclusão a que chegou o STJ somente seria possível se o devedor comprovasse ter patrimônio suficiente para arcar com a dívida, sob pena de todo o ônus contratual ser distribuído ao credor (...) Se ao devedor não puder efetivamente ser imputada responsabilidade, por ausência de patrimônio, a consequência baseada na resolução não deve ser bloqueada (...) Portanto, não se deve estranhar a exigência quanto à indicação de meios para pagamento da obrigação inadimplida e das indenizações eventualmente cabíveis em razão do incumprimento. Trata-se de desdobramento natural dos deveres acessórios da boa-fé objetiva (cooperação, informação e coerência) que, de resto, já são reconhecidos pela doutrina sobre o tema.¹³⁸

Visto como a doutrina vem considerando a aplicação da teoria do adimplemento substancial, passa-se a examinar como o Superior Tribunal de Justiça vem fixando os limites e critérios para a sua aplicação.

4 O CONTEÚDO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: CRITÉRIOS E REQUISITOS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1 PANORAMA GERAL

No total foram encontrados 97 acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que contem referência à expressão “adimplemento substancial”.¹³⁹ Devido a jurisprudência defensiva do tribunal, 53 decisões não apreciaram diretamente a aplicação da figura do adimplemento substancial, devido principalmente aos óbices da impossibilidade de reexame de provas (Súmula 7 do STJ), interpretação de cláusula contratual (Súmula 5 do STJ) e por incidência da orientação consolidada do tribunal (Súmula 83).

¹³⁸ FERREIRA NETO, TUTELA DO INTERESSE DO CREDOR E BOA-FÉ OBJETIVA DO DEVEDOR NO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

¹³⁹ Conforme pesquisa realizada no dia 09/10/2023 diretamente no portal de pesquisa de jurisprudência do STJ: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>

Mesmo assim, como panorama geral, pode-se constatar que desde as primeiras decisões há uma estabilidade do uso de critérios para a caracterização do adimplemento substancial. Contudo, inicialmente predominou um exame quantitativo, do montante estatístico do adimplemento. Ao longo dos anos alguns julgados passaram a ressaltar a importância da análise de outros aspectos, como o esforço do devedor para adimplir a obrigação, tentativas de renegociação da dívida, a análise do comportamento do credor e do devedor quanto à lealdade e probidade e até mesmo eventuais impactos da resolução do contrato a terceiros de boa-fé.

Ainda, foram se consolidando decisões que afastam a aplicabilidade da figura do adimplemento substancial para alguns grupos de casos, com destaque para a da ação de busca e apreensão regulada pelo Decreto-Lei 911/69.

4.2 A PRIMEIRA DECISÃO QUE ACOLHEU A FIGURA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

A primeira decisão do STJ que aplicou a figura do adimplemento substancial foi julgada em 1995 e é da relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Os critérios fixados neste julgados ainda servem como paradigma de aplicação da teoria. Como requisitos, entenderam os julgadores serem necessários: **(i)** a presença de interesses e expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; **(ii)** que o pagamento remanescente haveria de ser diminuto relativamente a obrigação considerada em sua totalidade; e **(iii)** averiguar se seria possível a preservação dos efeitos do negócio jurídico sem causar danos ao direito do credor de buscar reparação civil pelos meios processuais devidos.¹⁴⁰

Estes critérios não foram superados. Com efeito, continuam a ser citados pelas decisões posteriores e, sobretudo, por aqueles julgados que reforçam a necessidade da análise de critérios para além do parâmetro matemático.

4.3 ENFOQUE INICIAL NO CRITÉRIO QUANTITATIVO

¹⁴⁰ STJ. REsp 76362 / MT. Relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ: 11/12/1995.

As primeiras decisões do STJ que apreciam a defesa do adimplemento substancial fundamentam o acolhimento ou não da teoria considerando preponderantemente o valor inadimplido com relação ao valor total da obrigação. Isto é, são decisões baseadas em uma análise primordialmente quantitativa, com a indicação da porcentagem que foi inadimplida pelo devedor ou do número de parcelas não pagas em relação ao total devido. A tabela que segue discrimina alguns desses casos, nos quais houve o reconhecimento do adimplemento substancial:

TABELA 1 - DECISÕES QUE RECONHECERAM O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Monta da obrigação inadimplida	Decisão
1 de 4 parcelas	REsp 76362 / MT
Última parcela	REsp 272739 / MG
Menos de 15%	REsp 883990 / RJ
Saldo de R\$ 254,41	REsp 912697 / RO
14% (5 das 36 prestações)	REsp 1051270 / RS e AgInt nos EDcl no AREsp 1239427 / SP
6 de 36 parcelas	REsp 1200105 / AM
32%	AgRg no AREsp 238432 / RS
26mil de total de 260 mil (10%)	AgRg no AREsp 155885 / MS

FONTE: STJ

Ao contrário, não houve o reconhecimento do adimplemento substancial nos seguintes casos:

TABELA 2 – DECISÕES QUE NÃO RECONHECERAM O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Monta da obrigação adimplida	Decisão
54,05%	REsp 415971 / SP
76,5%	REsp 1636692 / RJ

FONTE: STJ

É importante destacar que essas decisões não consideram exclusivamente o critério quantitativo, apesar de ser o aspecto destacado pelos julgadores.

Para reforçar a limitação do direito de resolver a relação contratual, além de se demonstrar a pouca monta, o que se dá principalmente por referências quantitativas, esses julgados consideram concomitantemente também aspectos como a presença de comportamentos de probidade e lealdade do devedor, assim como os próprios comportamentos do credor, se eram consentâneos ou não com a boa-fé objetiva.

Interessante a existência de referências a outras figuras parcelares derivadas da boa-fé objetiva, como a do *venire contra factum proprium*, para o caso da seguradora ter rejeitado a última prestação atrasada, quando durante todo a vigência do contrato sempre aceitou as parcelas atrasadas, gerando uma expectativa legítima no segurado.¹⁴¹ Ainda, houve a indicação que a resolução só é possível quando o inadimplemento afeta a economia do contrato.¹⁴²

Ademais, a identificação de comportamento contraditório da credora também é citado:

(...) contra todo o seu comportamento anterior, contra tudo aquilo que se fora forjando no seu relacionamento com a contraparte, beneficiando-se ela aqui e ali, cedendo, em contrapartida, direitos seus, para, chegado o momento de adimplir, na impossibilidade decorrente da sua penúria financeira, vir tentar resgatar o que sabia melhor do que ninguém já estava consumido de muito.¹⁴³

Portanto, percebe-se que a aplicação da teoria do adimplemento substancial, desde o início, considerava vários elementos qualitativos e concretos do caso, para além da simples monta quantitativa do adimplemento.

Outro ponto que chama atenção é a inconsistência das decisões quando se analisa apenas o tamanho do inadimplemento. Conforme demonstram as tabelas, o Tribunal já admitiu que é substancial o adimplemento de 68% da dívida, mas em outra oportunidade entendeu ser insuficiente o pagamento de 76,5% da obrigação. Ou seja, não tem como se fixar um número mágico, o qual, quando ultrapassado, indicaria certamente a presença do cumprimento substancial de uma obrigação.

Mais do que isso, a própria determinação de qual o valor devido gera dificuldades para os julgadores. A incidência de juros, multas, e correção monetária, por exemplo, aumentam a complexidade da análise das circunstâncias do caso concreto. Portanto, o próprio método do cálculo do montante inadimplido influencia o julgamento sobre a admissão ou não da teoria, como reconheceu o Min. Raul Araújo no AgRg no AREsp 329700 / CE:

¹⁴¹ STJ. REsp 76362 / MT. Relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ: 11/12/1995.

¹⁴² STJ. REsp 272739 / MG. Relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ: 01/03/2001.

¹⁴³ STJ. REsp 712173 / RS. Relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ: 17/10/2006.

Ademais, quanto à aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, cuja aplicação afastaria a pretendida rescisão ou resolução contratual, a eg. Corte Estadual entrou em contradição, pois, para afastar o adimplemento substancial, considerou não apenas o restante do preço a ser quitado, mas o somatório desse residual com outras quantias (relativas à ocupação indevida do imóvel, a ser definida em liquidação), as quais somente seriam devidas na hipótese de primeiramente inaplicar-se a teoria. Portanto, considerou-se como causa para a inaplicabilidade do adimplemento substancial elementos que somente surgiriam como consequência daquela inaplicação previamente decidida.¹⁴⁴

Devido a essas dificuldades inerentes à análise quantitativa do adimplemento substancial que se percebe a necessidade de uma conjugação com um exame qualitativo. Essa tendência também foi acompanhada pela jurisprudência do STJ.

4.4 DESTAQUE PARA CRITÉRIOS QUALITATIVOS

Assiste-se, nos últimos anos, a uma maior delimitação e refinamento dos critérios empregados, acrescentando parâmetros qualitativos no exame. Resumem-se principalmente a uma investigação **(a)** do cumprimento ou não do fim econômico do contrato; **(b)** da preservação ou não do sinalagma contratual e seu equilíbrio; e **(c)** dos comportamentos do credor e especialmente do devedor, para ver se este foi ou não diligente.

Com efeito, mesmo uma inexecução mínima pode representar a perda completa do interesse do credor naquela prestação. O entendimento de que a aplicação da figura do adimplemento substancial exige uma análise funcional do inadimplemento, caso a caso, foi inclusive aprovado pela VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, tornando-se o Enunciado 586:

Para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil – CJF), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos.¹⁴⁵

No REsp 1215289 / SP, os julgadores, ao ponderarem o direito do comprador adjudicar um imóvel diante da alegação de não pagamento integral do bem, suscitada pelo vendedor, entenderam por acolher o pedido para garantir o domínio, mas

¹⁴⁴ STJ. AgRg no AREsp 329700 / CE. Relatoria do Min. Marco Buzzi. DJ: 02/06/2015.

¹⁴⁵ FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado 586. VII Jornada de Direito Civil. Disponível em : <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/839>>. Acesso em 21 de outubro de 2023.

reservando ao devedor o direito de executar eventual saldo existente. Este caso ostenta a particularidade de não ter sido fixado em contrato o número de parcelas, mas apenas o número de OTNs devidas. Por ser um contrato consumerista deu-se interpretação favorável ao consumidor, afastando a defesa de exceção do contrato não cumprido alegado pelo vendedor.

Os critérios propostos pelo Min. Relator Sidnei Beneti para a aplicação da teoria do adimplemento substancial foram: “a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida”.¹⁴⁶

Em outra oportunidade, no REsp 1581505/SC, o STJ analisou o inadimplemento de contrato de compromisso de compra e venda. Tal fato serviu de causa de pedir da rescisão contratual e do pedido de reintegração de posse do imóvel objeto da avença. O Min. Relator Antonio Carlos Ferreira, em seu voto, faz uma descrição histórica da teoria, com referências à doutrina de Couto e Silva e Ruy Rosado de Aguiar. Também menciona a primeira decisão do STJ que reconheceu a aplicação da teoria, e os critérios quantitativos usados pelo tribunal em outras oportunidades.¹⁴⁷

O Ministro relator explica as oscilações do critério quantitativo da seguinte forma:

Como se vê, a jurisprudência desta Corte tem oscilações no exame do requisito objetivo, o que se dá, essencialmente, pelo fato de que em cada caso aqui julgado há peculiaridades muito próprias a serem consideradas para efeito de avaliar a importância do inadimplemento frente ao contexto de todo o contrato e os demais elementos que envolvem a controvérsia.¹⁴⁸

Para indicar critérios não quantitativos relevantes, o relator também cita a doutrina de Eduardo Bussata, que explica como se deve analisar a aplicação da teoria:

A indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de 'escassa importância'.

¹⁴⁶ STJ. REsp 1215289 / SP. Relatoria do Min. Sidnei Beneti. DJ: 05/02/2013.

¹⁴⁷ STJ. REsp 1581505/SC. Relatoria do Min. Antonio Carlos Ferreira. DJ: 18/08/2016.

¹⁴⁸ *Ibid.*

É o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, é necessário fazer uma advertência: **a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes.**¹⁴⁹

Na sequência, o relator explica a insuficiência da análise quantitativa e a necessidade da consideração de outros elementos, fazendo referência à decisão pioneira do STJ:

É que, ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descuidar dos interesses do credor.

No julgado pioneiro deste Tribunal, antes referido (REsp 76.362/MT), foram delineados alguns requisitos que devem ser examinados para aplicação da teoria do adimplemento substancial, sem prejuízo da avaliação de circunstâncias específicas do caso sob julgamento. Para tanto, deve-se exigir: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três requisitos para admitir a substancial performance: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente.¹⁵⁰

Contudo, mesmo fazendo essa importante ressalva, o Min. Antonio Carlos Ferreira entende que aquele caso em julgamento poderia ser resolvido apenas pela consideração do critério quantitativo, o que se mostra uma incongruência com o que

¹⁴⁹ BUSSATA, Eduardo Luiz, **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106.

¹⁵⁰ STJ. REsp 1581505/SC.

argumentou no voto. Não foi reconhecida a presença do adimplemento substancial porque houve o não cumprimento de montante aproximado de 1/3 do contrato.

A importância da consideração de outros elementos além do montante devido foram destacados também no AgInt no AREsp 1227717 / MG e no REsp 1236960 / RN. Nesta última decisão o Min. Relator Antônio Carlos Ferreira determinou outros critérios a serem considerados, citando a doutrina:

Assim, alguns critérios são apontados pela doutrina para se perquirir a existência ou não do adimplemento substancial: i) o grau de satisfação do interesse do credor, ou seja, a prestação imperfeita deve satisfazer seu interesse; ii) comparação entre o valor da parcela descumprida com o valor do bem ou do contrato; iii) o esforço e diligência do devedor em adimplir integralmente; iv) a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspectivas; v) a existência de outros remédios capazes de atender ao interesse do credor com efeitos menos gravosos ao devedor; e vi) ponderação entre a utilidade da extinção da relação jurídica obrigacional e o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução (PRADO, Augusto César Lukascheck. Adimplemento Substancial: fundamento e critérios de aplicação. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 9. Ano 3, out.-dez. 2016. p. 393-394).¹⁵¹

Neste caso, o julgador valorou positivamente tentativas de renegociação da dívida após o devedor ser notificado, o que revelaria seu esforço e diligência em adimplir a dívida. Ainda, ressaltou a resistência do credor em receber o restante do negócio, o que demonstraria o abuso de direito. Por fim, argumentou que as consequências da rescisão do contrato seriam prejudiciais a centenas de terceiros interessados, já que teriam sido vendidas 156 unidades imobiliárias no imóvel objeto do contrato. Portanto, a rescisão acarretaria um prejuízo social enorme.¹⁵²

A partir da perspectiva qualitativa do adimplemento substancial fica claro o papel da doutrina no papel de preenchimento “do significado e do alcance das cláusulas gerais”.¹⁵³ Os critérios para aplicação da teoria estão sendo pensados e propostos pela doutrina. Por isso as referências expressas nas decisões a obras de relevantes autores sobre o tema.

A principal cautela pretendida é não permitir que a teoria seja usada para transfigurar a própria lógica do direito obrigacional. A regra de que as prestações devem ser adimplidas em sua totalidade não pode ser convertida em exceção. Ou

¹⁵¹ STJ. REsp 1236960 / RN. Relatoria do Min. Antonio Carlos Ferreira. DJ: 19/11/2019.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p. 189.

seja, é o adimplemento substancial que deve ser excepcional, devendo ser reconhecido apenas nos casos em que, além do descumprimento de pequena monta, o credor tenha se satisfeito substancialmente; ou que o devedor demonstre que está tentando cumprir com sua obrigação; ou que se verifica que a não admissão do adimplemento substancial possa causar graves danos ao devedor ou a terceiros.

Em outras palavras: o STJ, em um processo de decantação dessa inovação fundada na boa-fé objetiva, reforçou que deve ter uma aplicação excepcional, o que exige a presença de elementos demonstrativos de que o devedor deve ser tutelado, mesmo reconhecidamente não tendo adimplido toda a sua obrigação. Trata-se, essencialmente, de uma ponderação exigida do intérprete.

4.5 CASOS PARADIGMÁTICOS DE RESTRIÇÃO DA APLICAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Para além da delimitação dos critérios de aplicação do adimplemento substancial, a jurisprudência do STJ vem consolidando a inaplicabilidade da figura em alguns grupos de casos. Ou seja, em determinadas situações jurídicas o adimplemento substancial deve ser rejeitado.

4.5.1 Busca e Apreensão

Paradigmaticamente, o STJ, no julgamento dos Recursos Especiais 1.287.402, 1.255.179 e 1.622.555, reconheceu a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária em garantia regidas pelo Decreto-Lei 911/1969. Estas decisões são de 2012, 2015 e 2017, respectivamente.

Em 2012, por ocasião do julgamento do REsp 1.287.402 / PR, o STJ tutelou a faculdade do banco credor de dar por vencida a integralidade da dívida e de buscar a apreender o bem alienado fiduciariamente em garantia do contrato de mútuo,¹⁵⁴ conforme ementa abaixo:

¹⁵⁴ STJ. REsp 1287402 / PR. Relatoria do Min. Marco Buzzi. DJ: 03/05/2012.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA E PROSSEGUIMENTO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DO TOTAL DA DÍVIDA (PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS). 1) A atual redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 não faculta ao devedor a purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. 2) Somente se o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária. 3) A entrega do bem livre do ônus da propriedade fiduciária pressupõe pagamento integral do débito, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos. 4) Inexistência de violação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 5) Recurso especial provido.

(REsp n. 1.287.402/PR, relator Ministro Marco Buzzi, relator para acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/5/2012, DJe de 18/6/2013.)

Discutiu-se a interpretação do §3 do artigo 2 do DL 911/69, o qual tem a seguinte redação:

A mora e o inadimplemento de obrigações garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida, facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

O relator do recurso, o Min. Marco Buzzi, saiu vencido no julgamento. No seu entender, em homenagem à legislação consumerista, deveria ser permitida a purgação da mora nos autos da ação de busca e apreensão, até mesmo para preservar a continuidade do contrato. Para ele, o direito potestativo previsto no §3 do artigo 2 do DL 911/69 não poderia ser interpretado de forma absoluta, pois encontraria limites na boa-fé objetiva e no próprio adimplemento substancial da avença.¹⁵⁵

Contudo, o entendimento do Min. Antonio Carlos Ferreira e da Min. Maria Isabel Galloti prevaleceu no julgado. Para os ministros divergentes, a hipótese legal do DL 911/69 era clara no sentido de que para que o bem seja restituído livre de ônus, dever-se-ia realizar o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vincendas e encargos. O CDC não estaria em hierarquia superior ao DL 911/69.¹⁵⁶

¹⁵⁵ STJ. REsp 1287402 / PR.

¹⁵⁶ *Ibid.*

Entender o contrário, permitindo a purgação da mora, colocaria em risco a finalidade da busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária em garantia, o que poderia causar efeitos negativos na própria concessão de crédito no mercado.

Em 2015 que o STJ consolidou o entendimento exarado em 2012, para o fim de afastar a aplicação da teoria do adimplemento substancial e permitir o exercício do direito pelo credor de se valer da busca e apreensão, mesmo com o descumprimento de baixa monta. Trata-se do REsp 1255179 / RJ¹⁵⁷, que versou sobre ação de indenização por danos materiais e morais causados pelo suposto uso abusivo da ação de busca e apreensão pelo banco credor, mesmo tendo o devedor deixado de pagar apenas uma parcela do contrato, conforme ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLEMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. BUSCA E APREENSÃO. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL. INDEFERIMENTO. TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO. INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. 1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia. 2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da "teoria do adimplemento substancial do contrato". 3. A prerrogativa conferida ao recorrente pelo art. 501 do Código de Processo Civil - de desistir de seu recurso a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou eventuais litisconsortes - encontra termo final lógico no momento em que iniciado o julgamento da irresignação recursal. Não merece homologação, no caso, pedido de desistência recursal apresentado após já ter sido proferido o voto do relator e enquanto pendia de conclusão seu julgamento em virtude de pedido de vista. Precedentes. 4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca e apreensão, nesse cenário, constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida. 5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo

¹⁵⁷ STJ. REsp 1255179 / RJ. Relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ: 25/08/2015.

inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação. 6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menor importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor. 7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação. 8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral.

(REsp n. 1.255.179/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, DJe de 18/11/2015.)

Os ministros julgadores, porém, refutaram a pretensão do Autor (recorrido), ao reconhecerem que o banco, ao ajuizar a ação de busca e apreensão, fez uso regular de um direito, o que por si não constitui ato ilícito apto de ensejar a responsabilização civil. A teoria do adimplemento substancial não faz desaparecer a dívida, razão pela qual pode o credor se valer dos meios legais para persegui-la.

O Min. Moura Ribeiro, que foi acompanhado pelo Min. Paulo de Tarso Senseverino, divergiu ao votar pela improcedência do recurso, para o fim de reconhecer a aplicação da teoria do adimplemento substancial ao caso.

O Min. João Otávio de Noronha votou no sentido do relator, para restringir a aplicação da teoria neste tipo de caso. Da mesma forma, entenderam não se aplicaria a esses casos o princípio da menor onerosidade, já que é norma que regula a execução e não o credor fiduciário.

Por fim, foi em 2017, no REsp 1622555 / MG, que o STJ consolidou seu entendimento sobre o tema, pacificando a compreensão de que o adimplemento substancial não limita a pretensão do credor de buscar e apreender o bem alienado fiduciariamente em garantia, conforme ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL

DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 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 contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004). 1.1 Além de o Decreto-Lei n. 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 n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 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 constrição 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.

(REsp n. 1.622.555/MG, relator Ministro Marco Buzzi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, DJe de 16/3/2017.)

O Min. Relator Marco Buzzi saiu vencido, ao entender que “se ínfimo o descumprimento diante do todo obrigacional, não se afigura adequado decretar a resolução do contrato, de maneira mecânica e autômata, sobretudo se isso conduzir à iniquidade ou contrariar os ideais de Justiça”.¹⁵⁸

Foram os entendimentos do Min. Marco Aurélio Bellizze que prevaleceram. Os fundamentos dessa decisão são:

1. A alienação fiduciária tem regramento especial pelo DL 911/69 e não pelo Código Civil. A lei é expressa em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante.

¹⁵⁸ STJ. REsp 1622555 / MG. Relatoria do Min. Marco Buzzi. DJ: 22/02/2017.

2. Admitir a teoria do adimplemento substancial seria contrariar a orientação proferida REsp n. 1.418.593/MS, sob o rito dos repetitivos, segundo o qual a restituição do bem dependia do pagamento 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”.

Se não poderia o devedor, segundo a tese aprovada no julgamento do REsp repetitivo 1.418.593/MS, evitar a consolidação da propriedade plena em favor do credor fiduciário mediante o pagamento incompleto (não integral) da dívida, seria incoerente, data maxima vênia, privar o credor da ação de busca e apreensão se há prestações incontroversamente não adimplidas.¹⁵⁹

3. “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”.¹⁶⁰

4. 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”.¹⁶¹⁻¹⁶²

Esta é efetivamente a retração mais relevante realizada pelo STJ quanto à extensão de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

4.5.2 Prisão Civil

Outra restrição jurisprudencial do instituto foi nos vínculos jurídicos familiares, especialmente nas dívidas alimentares. O cumprimento mesmo que muito próximo do total não poderia impedir a decretação da prisão do devedor. Esse entendimento foi firmado no HC 439973 / MG, julgado em 2018,¹⁶³ que foi ementado da seguinte forma:

¹⁵⁹ STJ. REsp 1622555.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Para uma análise econômica dos fundamentos dessa decisão ver: NARAZAKI, Barbara Thammy, **O Instituto da Alienação Fiduciária em Garantia e a Inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial com base na análise econômica do direito aplicada no julgamento do Resp 1.622.555/MG**, TCC, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. O STJ considerou elementos formulados pela análise econômica do direito, contribuindo para a inaplicabilidade do adimplemento substancial no contrato de alienação fiduciária em garantia, já que “enfraqueceria o instituto e tornariam as futuras concessões de crédito mais caras aos futuros consumidores”.

¹⁶³ STJ. HC 439973 / MG. Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 16/08/2018.

HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. DÉBITO ALIMENTAR INCONTROVERSO. SÚMULA N. 309/STJ. PRISÃO CIVIL. LEGITIMIDADE. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. IRRELEVÂNCIA DO DÉBITO. EXAME NA VIA ESTREITA DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no âmbito do direito contratual, somente nas hipóteses em que a parcela inadimplida revela-se de escassa importância, não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar. 2. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão civil. Precedentes. 3. O sistema jurídico tem mecanismos por meio dos quais o devedor pode justificar o eventual inadimplemento parcial da obrigação (CPC/2015, art. 528) e, outrossim, pleitear a revisão do valor da prestação alimentar (L. 5.478/1968, art. 15; CC/2002, art. 1.699). 4. A ação de Habeas Corpus não é a seara adequada para aferir a relevância do débito alimentar parcialmente adimplido, o que só pode ser realizado a partir de uma profunda incursão em elementos de prova, ou ainda demandando dilação probatória, procedimentos incompatíveis com a via estreita do remédio constitucional. 5. Ordem denegada.

(HC n. 439.973/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/8/2018, DJe de 4/9/2018.)

O Min. Luis Felipe Salomão teve voto vencido. Para ele era possível a aplicação da teoria nas dívidas alimentícias, limitando a decretação da prisão civil. Contudo, o voto do Min. Antonio Carlos Ferreira, seguido pela maioria de seus pares, entendeu que a teoria tinha aplicação restrita ao direito contratual e não nos vínculos jurídicos familiares. Além disso, o ordenamento jurídico põe à disposição do devedor de alimentos os meios necessários para a revisão do valor da prestação alimentar, se o caso, bem assim a possibilidade de justificar o inadimplemento – ainda que parcial.

Esse entendimento foi repetido no RHC 104119 / RJ e no HC 536544 / SP, consolidando a posição do tribunal.¹⁶⁴

4.5.3 Resolução do compromisso de compra e venda submetido ao CDC

Outro grupo de casos que o STJ veda a aplicação do adimplemento substancial é na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor. Assim, resolvido o contrato, deve ocorrer a imediata

¹⁶⁴ STJ. RHC 104119 / RJ. Relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 13/11/2018; STJ.HC 536544 / SP. Relatoria do Min. Moura Ribeiro. DJ: 20/02/2020.

restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador integralmente. Se o promitente comprador tiver concorrido para o desfazimento, então restitui-se parcialmente.

Esse entendimento exarado pelo STJ nos AgInt no REsp 1729742 / SE, AgInt no REsp 1847586 / RJ e AgInt no AREsp 1635882 / PR¹⁶⁵ está em consonância com o enunciado da Súmula 543 do tribunal, que tem a seguinte redação:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.¹⁶⁶

Está claro que se deve privilegiar o consumidor nesse tipo de caso, por ser parte hipossuficiente.

4.5.4 Consignação em pagamento

Ainda, também não se aplica a teoria nas ações de consignação em pagamento. Esse entendimento foi proferido no AgInt no REsp 1694480 / MG¹⁶⁷, conforme ementa abaixo:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. 2. COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DE UMAS DAS PARCELAS DO CONTRATO DE CONSÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 3. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 4. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITO QUE, SE NÃO REALIZADO NA INTEGRALIDADE, ENSEJA A IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. RESP REPETITIVO N. 1.108.058/DF. 5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

¹⁶⁵ STJ. AgInt no REsp 1729742 / SE. Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ: 15/05/2018; STJ. AgInt no REsp 1847586 / RJ. Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 19/10/2020; STJ. AgInt no AREsp 1635882 / PR. Relatoria do Min. Messod Azulay Neto. DJ: 07/02/2023.

¹⁶⁶ STJ. Súmula 543. DJ: 26/08/2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=543>>. Acesso em: 21/10/2023.

¹⁶⁷ STJ. AgInt no REsp 1694480 / MG. Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ: 10/06/2019.

(AgInt no REsp n. 1.694.480/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/6/2019, DJe de 13/6/2019.)

Admitir essa figura na ação de consignação em pagamento transfiguraria a própria lógica da ação. O depósito deve ser realizado na integralidade, já que se isso não for feito a consequência é a necessária improcedência da demanda.

A decisão está de acordo com o REsp 1.108.058/DF, que foi julgado em sede de recursos repetitivos, o qual tem a seguinte tese:

Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional.¹⁶⁸

4.5.5 Arrendamento Mercantil

Por fim, interessante citar outras decisões muito relevantes devido às potenciais consequências jurídicas. Trata-se do decidido nos AgInt no AREsp n. 1.502.241/PR e AgInt no REsp 1694480 / MG,¹⁶⁹ em que foi proferido entendimento similar ao da inaplicabilidade da teoria para limitar o direito conferido ao credor pelo Decreto-Lei 911/1969 de buscar e apreender o bem, conforme ementa abaixo:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AFASTAMENTO. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 921/CPC. SEIS ANOS PARA A CITAÇÃO DA PARTE RÉ. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. CITAÇÃO SUPRIDA. SÚMULA 283/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS PONTOS DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO EXARADO. ART. 239, § 1º, DO CPC. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE. DECRETO-LEI Nº 911/69. ACÓRDÃO CONFORME PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. PONTOS DE INSURGÊNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PRESQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(AgInt no AREsp n. 1.502.241/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe de 24/9/2019.)

¹⁶⁸ STJ. REsp 1.108.058/DF. Relatoria do Min. Lázaro Guimarães. DJ: 10/10/2018.

¹⁶⁹ STJ. AgInt no AREsp n. 1.502.241/PR. Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 19/09/2019; STJ.

Em razão de ter sido editada a Lei n. 13.043/2014, a qual fez incluir o § 15 do art. 3 do Decreto-Lei n. 911/69, autorizou-se expressamente as normas procedimentais da hipótese de alienação fiduciária em garantia para os contratos de arrendamento mercantil.¹⁷⁰

Assim, nas ações de reintegração de posse, fundada, por exemplo, no contrato de arrendamento mercantil, não pode o devedor se valer da defesa do adimplemento substancial para obstar a pretensão do credor.

4.6 AS LIMITAÇÕES DA APLICAÇÃO DA FIGURA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL PELO STJ COMO COMPATIBILIZAÇÃO DA FIGURA COM O SISTEMA JURÍDICO

Expostas as situações nas quais o STJ entende que não se aplica a teoria do adimplemento substancial, poder-se-ia cogitar que essas retrações recentes da aplicabilidade da figura seriam manifestações de uma reação contrária à abertura do sistema jurídico, causado pela introdução das cláusulas-gerais, em especial a da boa-fé objetiva, e como reação à própria funcionalização dos direitos.

Assim, à luz da jurisprudência do STJ, questiona-se se a limitação da aplicabilidade do adimplemento substancial poderia ser explicada como retrocesso no processo de superação da perspectiva excessivamente liberal e positivista do direito, isto é, se a restrição do instituto busca privilegiar o princípio da segurança jurídica e fomentar o aspecto econômico e individual do contrato. Como visto, a Lei de Liberdade Econômica é um marco nesse processo.

Entretanto, analisando as razões de decidir dos votos e das decisões que afastam a figura do adimplemento substancial para alguns grupos de casos, não é possível chegar a essa conclusão cogitada.

Contudo, não se nega que há motivos que são implícitos, isto é, que não são expostos pelo julgador, mas fazem parte dos pressupostos das suas razões de decidir. Por exemplo, a postura teórica e até mesmo ideológica que adotam em relação ao direito e aos contratos, se alinhados a um paradigma mais liberal ou mais solidarista.

¹⁷⁰ Art. 3. §15. § As disposições deste artigo aplicam-se no caso de reintegração de posse de veículos referente às operações de arrendamento mercantil previstas na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974.

Também não devem ser desconsiderados motivos que vão além da própria decisão, como o lobby e pressão das instituições financeiras e bancárias, maiores interessadas nessas discussões. Claro que essas razões existem, mas são de difícil apreensão, por estarem ocultas.

Ainda, certo é que a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº13.874/2019) não pode ser indicada como causa do retrocesso na aplicação do adimplemento substancial. A uma, porque as decisões mais importantes do STJ que limitam o instituto, em especial nos casos envolvendo contratos de alienação fiduciária em garantia regidas pelo Decreto-Lei 911/1969, são anteriores à edição e à promulgação do referido ato normativo. A duas, porque mesmo depois da publicação da lei, as decisões do STJ não citam ou fazem qualquer referência aos dispositivos da lei. A três, porque entende-se inclusive, a *contrario sensu*, que a intervenção judicial nos contratos seria essencial para conferir força vinculante aos contratos.¹⁷¹

Assim, as razões que melhor explicam a limitação da aplicabilidade do adimplemento substancial pelo STJ estão relacionadas com o próprio processo de estabilização de elementos extrassistemáticos, introduzidos no sistema pela cláusula-geral da boa-fé objetiva.

Conforme exposto anteriormente, por meio do princípio da boa-fé objetiva se permite "o ingresso no Ordenamento brasileiro de institutos", como o do adimplemento substancial. Esta é figura extrassistemática que passa por um processo de decantação e de sistematização: o instituto vai sendo acomodado no sistema, em um primeiro momento por meio de decisões casuísticas, depois por meio do reenvio a elementos do próprio sistema, como a "análise da «utilidade da prestação para o credor», requisito do inadimplemento definitivo (art. 395, parágrafo único) que habilita a resolução por inadimplemento (art. 475)".¹⁷²

¹⁷¹ "Deve-se destacar que a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas por meio da revisão contratual, ainda que excepcional, nos lindes estabelecidos pelo direito positivo, é imprescindível para garantir a manutenção e a força vinculante dos contratos. A revisão judicial dos contratos, por meio das diversas teorias que pretendem fundamentá-la, busca, de modo geral, restabelecer o equilíbrio da economia contratual, que foi abalado pela alteração das circunstâncias". LEONARDO; RODRIGUES JR.; PRADO. A LIBERDADE CONTRATUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – ALTERAÇÃO DO ART. 421-A DO CÓDIGO CIVIL: ART. 7º, p. RB-20.1.

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p. 180.

Conforme sintetiza Martins-Costa, "o processo é: abertura, assistemização, mobilidade, ressystematização, inclusive pela criação de institutos. Esses movimentos acabam por desembocar na função de estabilização".¹⁷³

Contudo, esse processo deve respeitar os critérios fundamentais do próprio sistema.¹⁷⁴ Há uma inovação no sistema por meio da introdução de elemento extrassistemático, mas este também deve se acomodar no sistema de forma coerente e harmoniosa.

É exatamente essa necessidade de coerência e adequação com outros elementos do sistema que melhor explica a restrição da aplicabilidade do instituto do adimplemento substancial no Brasil pelo STJ. Ora, se para determinado grupo de casos há norma legal que veda o cumprimento parcial da obrigação ou que exija o cumprimento integral para conferir determinado efeito a esta relação, então não é possível reconhecer que o cumprimento substancial possa garantir o mesmo efeito.

De igual forma, se o reconhecimento da aplicabilidade do instituto em determinado grupo de casos implicar em contradição com outros precedentes, o adimplemento substancial não poderá ser admitido nessas situações, por representar violação de outros critérios e elementos do sistema.

Portanto, conforme reconheceu o STJ, possibilitar a aplicação nos contratos de alienação fiduciária em garantia regidas pelo Decreto-Lei 911/1969, assim como nos arrendamentos mercantis, seria violar dispositivo expresso de lei que prescreve a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante. Ademais, seria violar precedente vinculante do STJ (Resp nº 1.418.593/MS), segundo o qual o devedor deve pagar a integralidade da dívida para reaver o bem apreendido.

Para os outros casos de restrição da figura, as razões são parecidas: no caso da ação de consignação em pagamento, o adimplemento substancial subverte a própria lógica da ação; no caso da resolução de contrato de promessa de compra e

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith M. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, p.179.

¹⁷⁴ "A mobilidade há de ser pautada, todavia, pelos critérios do sistema, obedecendo às suas regras de sobredireito (hierarquia das normas; lei no tempo; relações entre *lex specialis* e *lex generalis*; pautas de integração de lacunas, etc.), bem como aos princípios e garantias fundamentais (princípio da ação, da ampla defesa, etc.) e às regras de estruturação da aplicação dos princípios e regras (postulados normativos). Só então será possível a função de ressystematização das soluções propiciadas pela atuação da cláusula geral sem que se recaia na cacofonia, quando o apelo às regras é procedido conforme a vontade do julgador, e não conforme os critérios previamente enunciados pelo sistema". *Ibid.* p. 181.

venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor, o adimplemento substancial violaria a Súmula 543 do STJ; no caso da prisão civil, o adimplemento substancial não se adequando aos critérios e especificidades que regem o direito das famílias.

Assim, conclui-se que as limitações da aplicação da figura do adimplemento substancial pelo STJ devem-se essencialmente às tentativas de compatibilização da figura com o sistema jurídico, seus elementos e critérios, ainda que com muita divergência entre os julgadores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista de todo o exposto, responde-se às questões norteadoras desta pesquisa. Primeiramente, notou-se que o instituto do adimplemento substancial é elemento extrassistemático que foi importado ao Brasil, a partir da ativa atuação da doutrina e jurisprudência nacional, sob as bases de uma moderna teoria das obrigações e dos contratos, que tem como características centrais a eticização jurídica e a funcionalização dos direitos.

A partir da análise do direito de resolução da relação contratual pelo credor, concluímos que o adimplemento substancial mutila um dos pressupostos necessários para o seu exercício, qual seja, o incumprimento definitivo da obrigação pelo devedor. O incumprimento definitivo não é qualquer tipo de incumprimento, mas um incumprimento qualificado pela perda do interesse na obrigação pelo credor e que fere o programa contratual de forma grave.

O fundamento normativo do adimplemento substancial é construído a partir da cláusula-geral da boa-fé objetiva (artigos 422 e 187, Código Civil), conjugada aos dispositivos do Código Civil que disciplinam os efeitos do inadimplemento absoluto e do inadimplemento relativo no Código Civil (artigos 394, caput, 395, parágrafo único e 389, Código Civil).

Diante da dificuldade de se identificar quando um incumprimento é definitivo, a doutrina propõe uma série de critérios para detectar o adimplemento substancial. Em síntese, os critérios formulados envolvem a avaliação dos **(i)** interesses objetivos do contrato e do equilíbrio das prestações correspectivas; **(ii)** interesses subjetivos das partes; **(iii)** o comportamento do credor e do devedor, à luz dos ditames da boa-

fé objetiva; e **(iv)**, no caso de resolução convencional, a validade da cláusula resolutória expressa.

Por fim, ao se analisar os acórdãos do STJ que aplicaram o instituto do adimplemento substancial, conclui-se que, atualmente, o tribunal utiliza critérios quantitativos e qualitativos. Ao mesmo tempo que busca tutelar o devedor que adimple substancialmente de boa-fé, não se deve descurar os interesses do credor. Interessante também notar que a jurisprudência do tribunal apoia-se nos critérios pensados pela doutrina.

Agrupou-se decisões paradigmáticas que limitam a aplicação da teoria nos casos de **(i)** ação de busca e apreensão regulado pelo DL-911/69; **(ii)** dívidas de alimentos para impedir a prisão civil do devedor; **(iii)** resolução do contrato de compromisso de compra e venda regido pelo CDC no caso de culpa exclusiva do promitente vendedor; **(iv)** consignação em pagamento; **(v)** arrendamento mercantil.

Esses grupos de casos foram sendo definidos pela decantação da aplicação da teoria no tribunal ao longo dos anos, não sem divergência entre os julgadores.

Por fim, aponta-se para uma tendência histórica de restrição ao uso imoderado do instituto do adimplemento substancial, que busca preservar a lógica econômica das obrigações. Contudo, essas restrições não podem ser explicadas como resultado das reações doutrinárias e legislativas de fortalecimento da autonomia privada e limitação do intervencionismo estatal nos contratos, a partir de uma perspectiva liberal, que tem como marca a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019).

Com efeito, o afastamento da aplicação do adimplemento substancial a determinados grupos de casos, feito pelo STJ, pode ser visto como resultado do processo de acomodação de uma figura extrassistemática no sistema jurídico, conformando-a aos elementos e critérios do sistema.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 2004. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18540>>. Acesso em: 18 out. 2023.
- BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 9, 1993. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68813>>. Acesso em: 5 maio 2023.
- BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico, tomo I**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969.
- BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CORDEIRO, António Manuel Menezes. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa In Agendo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- FERREIRA, Antonio Carlos. A INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 18, n. Jan-Mar / 2019, p. 35–60, .
- FERREIRA NETO, Ermiro. TUTELA DO INTERESSE DO CREDOR E BOA-FÉ OBJETIVA DO DEVEDOR NO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 30, p. 105–128, 2022.
- FRADERA, Véra Maria Jacob. **Art. 7º: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil. In: Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/80821>>.
- HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.
- KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. **A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (org.), Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; PRADO, Augusto César Lukascheck. **A LIBERDADE CONTRATUAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – ALTERAÇÃO DO ART. 421-A DO CÓDIGO CIVIL: ART. 7º. In: Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 25, . (25).
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. [s.l.]: Editora Saraiva, 2018.

- MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- NARAZAKI, Barbara Thammy. **O Instituto da Alienação Fiduciária em Garantia e a Inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial com base na análise econômica do direito aplicada no julgamento do Resp 1.622.555/MG**. TCC, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/71158/Barbara%20Thammy%20Narazaki.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito: três ensaios críticos. 2000. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/12251>>. Acesso em: 24 set. 2023.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PRADO, Augusto César Lukascheck. Adimplemento substancial: fundamento e critérios de aplicação. **Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 9, p. 373–407, 2016.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SILVERSTEIN, Shel. **A Parte que Falta**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Relações contratuais e a funcionalização do direito civil. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, v. 28, p. 1–10, 2023.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. 4. ed. [s.l.]: Grupo GEN, 2023.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.